

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION PRIMERA

Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

Bogotá, D.C., ocho (8) de abril de dos mil diez (2010)

Radicación núm.: 11001 0324000 2006 00121 00

Actor: **IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ**

Procede la Sala a decidir en única instancia la demanda interpuesta por el ciudadano IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ, en ejercicio de la acción de nulidad establecida por el artículo 84 del C.C.A., contra algunos artículos del Decreto 2493 de 4 de agosto de 2004, expedido por el Gobierno Nacional.

I.- LA DEMANDA

1. Pretensión:

Pretende el actor que se declare la nulidad de los artículos 8, 21 parágrafo 1° y 40 del Decreto 2493 de 4 de agosto de 2004, publicado en el Diario Oficial número 45631 del 5 de agosto de 2004, *“por el cual se reglamentan parcialmente las leyes 9ª de 1979 y 73 de 1978, en relación con los componentes anatómicos”*.

2. Hechos en que se funda la demanda

Menciona el actor como fundamentos fácticos de su pretensión, que en virtud de lo dispuesto en el acto administrativo demandado, el Gobierno Nacional reglamentó algunas de las normas que regulan el sistema de trasplante de órganos o tejidos de seres humanos vivos o difuntos, en

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

especial, aquellas que tratan de la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos de trasplante o implante de los mismos en seres humanos, con excepción de la sangre y los componentes sanguíneos. Considera el demandante, que con la expedición de tales preceptos la administración incurrió en un desbordamiento en el ejercicio de sus funciones reglamentarias.

3.- Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora señala como violados los artículos 2, 11, 13, 49 numerales 1 y 2, 189 numeral 11 y 333 numerales 1, 2, 4 y 5 de la Constitución Política de Colombia; los artículos 7, 8 y 25 de la ley 73 de 1988, el artículo 1° de la ley 919 de 2004.

Al desarrollar el concepto de la violación, aduce el actor que con la expedición de las normas demandadas, la Administración desconoció los límites de su función reglamentaria, al regular asuntos distintos de los que aparecen previstos en las leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988. En otras palabras, la materia de que tratan los artículos demandados no se encuentra comprendida en dichas leyes y, por demás, no hay razón para afirmar que la reglamentación de sus preceptos sea indispensable para su asegurar su cabal aplicación. En ese orden de ideas, no puede afirmarse que el acto acusado sea de naturaleza reglamentaria, pues en vez de estar dirigido a garantizar la cumplida ejecución de las disposiciones legales que regulan los trasplantes, en realidad se ocupan de realizar una tarea de creación normativa.

Aparte de lo expuesto, considera el actor que los preceptos acusados contradicen en su espíritu y en su sentido la universalidad que es propia de los derechos humanos así como el derecho a la igualdad, al darle un

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

tratamiento discriminatorio a los extranjeros no residentes en el país. Al fin y al cabo, todas las personas, independientemente de cuál sea su origen o su lugar de residencia, tienen el derecho de acceder a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, pues en materia de salud no puede hablarse de nacionales y extranjeros o de residentes o no residentes, sino de personas.

Por otra parte, la pretensión de concentrar en entidades sin ánimo de lucro la realización de las actividades de extracción, captación, preservación, almacenamiento, distribución y trasplante de órganos y tejidos humanos, resulta contraria a la normatividad invocada, pues pretender que los servicios asociados al trasplante de órganos y tejidos humanos se preste únicamente por entidades sin ánimo de lucro y en forma gratuita y altruista, atenta también contra la iniciativa privada y la libertad de empresa. A juicio del actor, es preciso diferenciar además el sentido humanitario que tiene la donación de órganos y tejidos propiamente dicha, de los procedimientos técnico-científicos empleados para la conservación y manejo de tales componentes anatómicos, los cuales de por sí tienen unos costos elevados, dada la necesidad de contar con manejos técnicos exigentes y equipos altamente especializados.

Si bien por razones humanitarias el tráfico lucrativo de órganos se encuentra prohibido, ello no quiere decir que los medios empleados para la conservación y manejo de los componentes anatómicos y la ejecución de las labores asociadas al trasplante tengan que ser necesariamente gratuitos. Así lo entendió el legislador al expedir la Ley 919 de 2004, *"por medio de la cual se prohíbe la comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplante y se tipifica como delito su tráfico"*, en cuyo artículo 1° párrafo dispuso que los bancos de tejidos y de médula ósea y las instituciones prestadoras de servicios de salud con programas de trasplantes habilitados, *"podrán cobrar los costos ocasionados por la*

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

hospitalización del donante vivo, el cuidado médico del mismo, el diagnóstico, la extracción, la preservación, las pruebas o exámenes requeridos previamente para la donación o el suministro, el transporte, el valor de las pruebas inmunológicas y de histocompatibilidad indispensables para la realización del trasplante, el valor del trasplante, gastos de hospitalización, cirugía y cuidado médico postoperatorio del paciente trasplantado y del donante, el suministro de medicamentos y los controles subsiguientes a dicho procedimiento."

El actor complementa sus objeciones diciendo que al excluir a las empresas con ánimo de lucro de esta actividad, se está incurriendo en una extralimitación de funciones y en un desbordamiento de la potestad reglamentaria, a lo que se agrega el hecho de que si bien es función de las autoridades promover el acceso de todos a los servicios a la salud; regular los requisitos de idoneidad de las personas naturales o jurídicas que se dediquen a su prestación e intervenir en su control y vigilancia, no quiere decir que la administración se encuentre legitimada para excluir de su prestación a las empresas con ánimo de lucro. En últimas lo que interesa es que en la prestación del servicio se asegure la mejor calidad y la mayor eficiencia posibles.

4.- Coadyuvancia

ALVARO LONDOÑO RESTREPO, de nacionalidad colombiana y los ciudadanos israelíes SIMA RUBISA y YEHONATAHAN PUONY, de nacionalidad israelí, con residencia temporal en Medellín, intervinieron en el proceso con el propósito de coadyuvar las pretensiones de la demanda.

En el escrito obrante a folios 44 a 49 del expediente, se aduce que los extranjeros anteriormente mencionados tienen interés directo en las resultas del proceso, explicando que su permanencia en el país responde a su

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

necesidad vital de acceder a los servicios médicos que brinda el Hospital Pablo Tobón Uribe de la ciudad de Medellín, relacionados con el trasplante de órganos.

Invocando los criterios expresados por nuestra jurisprudencia constitucional, señalan los coadyuvantes que en tratándose de la vigencia y alcance de los derechos fundamentales, la nacionalidad de las personas no puede servir de pretexto para prodigar un tratamiento jurídico distinto a los extranjeros. Recuerdan al respecto, que sólo la ley puede subordinar o negar el ejercicio de algunos de esos derechos cuando existan razones comprobadas de orden público.

Además de las disposiciones invocadas por el actor, consideran los coadyuvantes que la ley reglamentada no hace ninguna distinción entre extranjeros residentes y no residentes, motivo por el el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004, resulta violatorio de los artículos 13 y 100 de la Constitución Política.

II.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La apoderada de la Nación – Ministerio de la Protección Social dio contestación a la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones en ella consignadas. Al defender la legalidad de los actos acusados, señala que la expedición del Decreto parcialmente demandado obedeció a la necesidad de optimizar y hacer más transparentes los procedimientos tecnológicos dirigidos a la obtención, extracción, procesamiento, distribución y prestación de los servicios de trasplante o implante de componentes anatómicos a personas tanto nacionales como extranjeras residentes en Colombia.

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

Lo anterior explica el porqué corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de los servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; y el porqué el artículo 365 de la Carta de 1991 establece que la prestación de servicios públicos, como el de salud, se encuentra sometida al régimen jurídico fijado por la ley y que su prestación pueda ser asumida directa o indirectamente por el Estado o por particulares, manteniendo aquel sus potestades de regulación, control y vigilancia.

Aparte de lo anterior, el memorialista se encargó de exponer el contenido de las normas del Decreto reglamentario, puntualizando, entre otras cosas, que el envío de tejidos o de médula ósea al exterior solamente puede efectuarse en calidad de donación con fines de trasplante o implante, atendiendo motivos de solidaridad humana y sin ánimo de lucro, previa autorización del INVIMA, siempre que dichas operaciones se verifiquen a través de bancos de tejidos o de médula. Según señala, la norma condicionó la donación de componentes anatómicos a receptores extranjeros no residentes en Colombia, al hecho de que no haya nacionales o extranjeros residentes en Colombia en lista de espera, circunstancia que deberá ser certificada por la Coordinación de la Red de Donación y Trasplantes, que es la encargada de asignar los turnos a las IPS habilitadas para la prestación de ese tipo de servicios. Con la adopción de tales medidas se busca asegurar el cubrimiento de las necesidades a nivel nacional en materia de trasplantes. Adicionalmente se consagra en el decreto la prohibición de cualquier forma de pago compensación o retribución por la donación de órganos y tejidos.

En cuanto a la exigencia de que las instituciones que se dediquen a las actividades y procedimientos antes mencionados no tengan un ánimo de lucro, señala la apoderada del Ministerio que lo dispuesto en los artículos 8 y 21 parágrafo 1° del Decreto 2493 de 2004, se ajusta a lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 73 de 1988 que prohíbe el ánimo de lucro y en el

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

artículo 1° parágrafo de la Ley 919 de 2004, que solo permite el cobro de los costos inherentes a la hospitalización del donante vivo, el cuidado médico del mismo, el diagnóstico, la extracción, la preservación, las pruebas o exámenes, el valor de las pruebas inmunológicas y de histocompatibilidad, el valor del trasplante, los gastos de hospitalización, la cirugía y el cuidado postoperatorio del donante y del receptor y los controles subsiguientes, todo lo cual deja en claro que no se produjo ningún desbordamiento en el ejercicio de las facultades reglamentarias. En últimas lo que se busca con estas disposiciones es evitar el tráfico de órganos y tejidos humanos.

En relación con las restricciones y condicionamientos referidos a la prestación de servicios de trasplante de órganos y tejidos a extranjeros no residentes en Colombia, recuerda que según las voces del artículo 2° inciso 2° de la Constitución, *“las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia”*. Aún así el artículo 100 de la Carta establece que los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos que se conceden a los colombianos, pero al propio tiempo dispone que por razones de orden público la ley podrá subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos a los extranjeros y establecer limitaciones al disfrute de las garantías concedidas por la Constitución y la ley a los nacionales, que es precisamente lo que respalda jurídicamente lo dispuesto en el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004, al condicionar el trasplante de órganos y tejidos a extranjeros no residentes a la no existencia de receptores nacionales o extranjeros residentes en lista de espera.

III.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de la Nación – Ministerio de la Protección Social presentó extemporáneamente su alegato de conclusión y el actor guardó silencio.

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado, luego de hacer un recuento minucioso de la actuación procesal adelantada, concluye diciendo que si bien en nuestro derecho interno se encuentra vedada la comercialización de componentes anatómicos humanos y prohibida la remuneración, gratificación, compensación o retribución por la donación, suministro o trasplante de órganos o tejidos, el parágrafo 1° del artículo 15 del Decreto 2493 de 2004 sí autoriza la posibilidad de que se cobren los costos que se originen en la detección y mantenimiento del donante, el diagnóstico, la extracción, la preservación de los órganos o tejidos y la práctica de las pruebas o exámenes que sean requeridos para llevar a cabo la donación, suministro, transporte, trasplante, suministro de medicamentos y la realización de los controles subsiguientes. Por lo mismo, mal puede predicarse que los artículos 8° y 21 parágrafo 1° del Decreto 2493 de 2004 sean contrarios a derecho.

Con respecto a lo dispuesto en el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004, considera el procurador que el Gobierno Nacional sí incurrió en un desbordamiento en el ejercicio de sus facultades reglamentarias, pues de acuerdo con lo que dispone el artículo 100 de la Constitución Política de Colombia, el ejecutivo no está facultado para establecer restricciones a las garantías de que gozan los extranjeros en el territorio nacional, por cuanto ello solamente puede ser dispuesto por el Constituyente o el legislador.

V.- DECISIÓN

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el asunto *sub lite*, previas las siguientes

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

CONSIDERACIONES

1.- El acto acusado

El acto parcialmente acusado es el Decreto 2493 de 4 de agosto de 2004, publicado en el Diario Oficial número 45631 del 5 de agosto de 2004, *"por el cual se reglamentan parcialmente las leyes 9ª de 1979 y 73 de 1978, en relación con los componentes anatómicos"*, expedido por el Presidente de la República. El texto de los artículos demandados es del siguiente tenor literal:

DECRETO 2493 DE 2004

(Agosto 4)

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

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las conferidas por el artículo 49 y el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y en desarrollo del literal f) del artículo 515 y el artículo 564 de la Ley 9ª de 1979, el artículo 8º de la Ley 73 de 1988, el numeral 3 del artículo 173 y el artículo 245 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 42.3 de la Ley 715 de 2001,

DECRETA:

Artículo 8º. De la naturaleza de las instituciones. *Las instituciones que se dediquen a las actividades y procedimientos relacionados con componentes anatómicos deberán ser sin ánimo de lucro, salvo las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.*

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

Artículo 21. Del carácter de las instituciones autorizadas para la obtención de componentes anatómicos. *El rescate de órganos y los procedimientos de trasplante, son de competencia exclusiva de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, que tengan habilitados programas de trasplantes.*

Parágrafo 1°. *La obtención de tejidos y de médula ósea y la práctica de cualquiera de las actividades relacionadas con la obtención, extracción, procesamiento y distribución de los mismos, deberá hacerse por banco de tejidos o de médula ósea sin ánimo de lucro, autorizadas para tal fin, por el Invima.*

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.

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

2.- El problema jurídico a resolver.

Se trata de establecer si el Gobierno Nacional se extralimitó en el ejercicio de su facultad reglamentaria, incurriendo en la consecuente violación de las normas superiores citadas en la demanda, al disponer que la prestación de los servicios de extracción, captación, preservación, almacenamiento, distribución y trasplante de órganos y tejidos humanos, solamente puede ser asumida por entidades sin ánimo de lucro y al establecer que el trasplante de tales componentes anatómicos en personas extranjeras no residentes en Colombia, se encuentra condicionada a la no existencia en lista de espera de receptores nacionales o extranjeros residentes en nuestro país.

En ese contexto, se hace necesario determinar si las normas acusadas fueron dictadas invadiendo las atribuciones constitucionales del Congreso de la República, y si están discriminando a los potenciales receptores extranjeros por el hecho de no ser residentes en Colombia

3. Consideraciones preliminares con respecto a la donación y gratuidad de los componentes anatómicos de origen humano

Antes de abordar el examen de los cargos formulados por el actor, resulta conveniente dar un vistazo a los antecedentes del régimen jurídico aplicable al tema de los trasplantes de órganos y tejidos humanos y revisar someramente aquellas disposiciones que prohíben y penalizan el comercio ilegal de componentes anatómicos.

Sea lo primero señalar, que a Colombia le corresponde el honor de haber sido uno de los países pioneros en la regulación jurídica de los trasplantes de órganos y tejidos humanos y en la prohibición de que los procedimientos

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

de ablación e injerto de los mismos, se convierta en una fuente generadora de beneficios económicos.

Las primeras disposiciones que se profirieron al respecto y que aparecen contenidas en el Código Sanitario Nacional (ley 9ª de 1979), se inspiraron en la razonable preocupación de asegurar que las instituciones de carácter científico y hospitalario dedicadas al trasplante de componentes anatómicos y a la utilización de dichos elementos orgánicos con fines terapéuticos, cuenten con las respectivas licencias sanitarias, previa comprobación de su dotación, del profesionalismo y capacidad de sus equipos médico-científicos y de la seriedad de sus investigaciones, todo con el propósito de garantizar que dichos procedimientos y actos terapéuticos no se conviertan en un riesgo para la vida o la salud de las personas. Tales disposiciones se ocuparon de regular igualmente la expedición de licencias sanitarias de funcionamiento para las entidades dedicadas a la prestación de este tipo de servicios y de adoptar algunas reglas de carácter general concernientes a la donación, extracción, manejo, trasplante y disposición de órganos y tejidos de personas vivas y cadáveres, teniendo como preocupación fundamental la preservación de la vida y la salud tanto de los donantes como de los receptores.

Los preceptos de dicha ley tuvieron un importante desarrollo reglamentario en los decretos 616 de 1981, 3 de 1982 y 2363 de 1986, mediante los cuales se incorporó el principio de la gratuidad en nuestro ordenamiento, al disponer que los órganos y demás componentes anatómicos solamente pueden ser objeto de donación y utilizados de manera altruista en la realización de trasplantes y 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 y se establecieron restricciones a su exportación.

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

En la misma medida en que los trasplantes fueron alcanzando los niveles de perfección y desarrollo médico-científico que hoy se conocen y que la práctica de tales procedimientos se fue masificando, empezó a desarrollarse en el plano internacional un preocupante tráfico de órganos y tejidos humanos al margen de la ley, en detrimento de los sectores más pobres y vulnerables de la población, motivado por la poca disponibilidad de componentes anatómicos en los bancos de órganos y tejidos, la demora en su asignación y el parsimonioso crecimiento de los índices de donación de elementos orgánicos.

En virtud de lo anterior, la Asamblea Mundial de la Salud, preocupada por la situación y consciente de la necesidad de establecer normas claras en la materia, decidió proferir las resoluciones WHA40.13 de 1987; WHA42.5 de 1989 y WHA44.25 de 1991, en las cuales se definieron los *“Principios Rectores de la OMS sobre Trasplante de Órganos Humanos”*, los cuales han ejercido destacada influencia en la expedición de estatutos y regulaciones legales relativos al tema, en los cuales se reitera a manera de *leit motif* la prohibición de convertir los órganos y tejidos humanos en objetos de comercio. De los principios allí consagrados, se destacan los siguientes

PRINCIPIO RECTOR 5

Las células, tejidos y órganos deberán ser objeto de donación a título exclusivamente gratuito, sin ningún pago monetario u otra recompensa de valor monetario. Deberá prohibirse la compra, o la oferta de compra, de células, tejidos u órganos para fines de trasplante, así como su venta por personas vivas o por los allegados de personas fallecidas.

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

La prohibición de vender o comprar células, tejidos y órganos no impide rembolsar los gastos razonables y verificables en que pudiera incurrir el donante, tales como la pérdida de ingresos o el pago de los costos de obtención, procesamiento, conservación y suministro de células, tejidos u órganos para trasplante.

PRINCIPIO RECTOR 6

Se permitirá la promoción de la donación altruista de células, tejidos u órganos humanos mediante publicidad o llamamiento público, de conformidad con la reglamentación nacional.

Deberá prohibirse toda publicidad sobre la necesidad o la disponibilidad de células, tejidos u órganos cuyo fin sea ofrecer un pago a individuos por sus células, tejidos u órganos, o a un pariente cercano en caso de que la persona haya fallecido, o bien recabar un pago por ellos. Deberán prohibirse asimismo los servicios de intermediación que entrañen el pago a esos individuos o a terceros.

PRINCIPIO RECTOR 7

Los médicos y demás profesionales de la salud no deberán participar en procedimientos de trasplante, ni los aseguradores sanitarios u otras entidades pagadoras deberán cubrir esos procedimientos, si las células, tejidos u órganos en cuestión se han obtenido mediante explotación o coacción del donante o del familiar más cercano de un donante fallecido, o bien si éstos han recibido una remuneración.

PRINCIPIO RECTOR 8

Los centros y profesionales de la salud que participen en procedimientos de obtención y trasplante de células, tejidos u órganos no deberán percibir una remuneración superior a los honorarios que estaría justificado recibir por los servicios prestados.

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

PRINCIPIO RECTOR 9:

La asignación de órganos, células y tejidos deberá regirse por criterios clínicos y normas éticas, y no atendiendo a consideraciones económicas o de otra índole. Las reglas de asignación, definidas por comités debidamente constituidos, deberán ser equitativas, justificadas externamente y transparentes."

Siguiendo la línea conceptual condensada en los principios acogidos por la Organización Mundial de la Salud, la Ley 73 de 1988, mediante la cual se adicionó la Ley 9ª de 1979, prohibió de manera categórica el ánimo de lucro en la donación o suministro de órganos y tejidos humanos destinados al trasplante, proscribiendo cualquier tipo de pagos, recompensas y compensaciones en dinero o en especie que pudiere derivarse del suministro de tales componentes orgánicos.

La interdicción legal de reportar algún provecho económico por el suministro de órganos o tejidos de origen humano, siendo en sí misma razonable, encuentra su plena justificación en el hecho de que el cuerpo humano y cada una de las partes que lo componen, son bienes no patrimoniales de carácter personalísimo, que por razones de orden moral y cultural no pueden ser objeto de transacciones comerciales, toda vez que ello reñiría abiertamente con los postulados más elementales de la ética y la dignidad humana.

En tal virtud y partiendo del presupuesto insoslayable de que el cuerpo humano, sus órganos, células, líquidos y tejidos son bienes que por su naturaleza se encuentran fuera del comercio, cualquier transacción de carácter lucrativo que tenga por objeto su incorporación, implante o trasplante en otro organismo humano, o el desarrollo de actividades de

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

intermediación o promoción comercial de este tipo de procedimientos, son actividades que además de contrariar el ordenamiento jurídico, atentan contra la dignidad humana. En ese orden de ideas, el hecho de exigir y/o percibir cualquier tipo de pagos, recompensas, retribuciones, compensaciones o contraprestaciones por la donación de órganos y tejidos de origen humano, se considera violatorio del ordenamiento jurídico, en razón de la ilicitud misma de su objeto, lo cual explica entre otras cosas que el legislador colombiano haya decidido elevar el tráfico de dichos componentes a la categoría de delito.

La dignidad humana como valor fundamental de nuestro ordenamiento jurídico (*Art. 1° de la Constitución*), se vería seriamente comprometida y amenazada de llegar a permitirse o tolerarse el mercado de componentes anatómicos humanos, pues con ello se estaría estimulando la más inhumana, vergonzosa e indebida explotación de la miseria y la trasgresión del viejo postulado del derecho romano que enseña que *"el hombre no es dueño de sus miembros"*.¹

El tema de los trasplantes, ejemplifica como ningún otro las perversiones insufribles que conllevaría una asignación de los servicios médicos con criterios de mercado; lo cual se opone frontalmente a la pretensión de garantizar la universalidad del acceso a los beneficios que se pueden derivar de este tipo de tratamientos médico quirúrgicos, pues por razón de los costos y como consecuencia de la especulación generada por la *"mano invisible"* del mercado, no todas las personas podrían tener la posibilidad de restablecer su salud o de evitar la pérdida de su vida a través de un trasplante.

La inmoralidad que supondría la elección de los receptores de componentes anatómicos a partir de su capacidad de pago, es algo que riñe abiertamente

¹ Vid. Digesto X. 2, 13.- Ulpiano: *"Liber homo suo nomine utilem Aquilae habet actionem: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur"*.

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

con los postulados filosóficos sobre los cuales se encuentra estructurado nuestro Estado social de derecho, tornando irrealizables en la práctica los principios de solidaridad, igualdad, universalidad y no discriminación y convirtiendo en letra muerta los derechos fundamentales a la vida y la salud.

La consecuencia de todo ello es que la donación de componentes anatómicos, aunque parezca reiterativo y redundante decirlo, ante todo debe ser **gratuita y desinteresada**, respondiendo esta regla a la noción ética de que **el cuerpo humano no puede ser ni comprado ni vendido**. El principio, sin embargo, no excluye, como ya se dijo, la posibilidad de que puedan cobrarse los costos que demande un procedimiento médico científico de tal envergadura

En ese mismo sentido, los artículos 17 y 18 del Decreto 1172 de 1989, reglamentario de las leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988, reafirmaron la prohibición establecida por la Ley 73 de 1988, interdicción que fue objeto de reiteración nueve años después por el Decreto Reglamentario 1546 de 1998.

El Decreto 2493 de 2004, parcialmente demandado en este proceso, reiteró igualmente la prohibición de remunerar, compensar o retribuir la donación o suministro de órganos o tejidos humanos, en particular la gratificación o pago al donante vivo, a la familia del donante fallecido, al banco de tejidos o de médula ósea, a la IPS, a la EPS, o a cualquier otra persona natural o jurídica por la donación o suministro de órganos o tejidos humanos, así como también el cobro al receptor por el órgano trasplantado y la realización de campañas dirigidas a divulgar el requerimiento o la disponibilidad de órganos o tejidos.

Especial mención merece el artículo 1º de la Ley 919 de 2004, actualmente vigente, cuyo texto es del siguiente tenor literal:

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

Ley 919 de 2004, Artículo 1,° La donación de componentes anatómicos, órganos, tejidos y fluidos corporales deberá hacerse siempre por razones humanitarias. Se prohíbe cualquier forma de compensación, pago en dinero o en especie por los componentes anatómicos.

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

Parágrafo.- Las instituciones que funcionen con la debida autorización como bancos de tejidos y de médula ósea y las instituciones prestadoras de servicios de salud con programas de trasplantes habilitados, podrán cobrar los costos ocasionados por la hospitalización del donante vivo, el cuidado médico del mismo, el diagnóstico, la extracción, la preservación, las pruebas o exámenes requeridos previamente para la donación o el suministro, el transporte, el valor de las pruebas inmunológicas y de histocompatibilidad indispensables para la realización del trasplante, el valor del trasplante, gastos de hospitalización, cirugía y cuidado médico postoperatorio del paciente trasplantado y del donante, el suministro de medicamentos y los controles subsiguientes a dicho procedimiento.

El dispositivo legal anteriormente transcrito puntualiza con rotundidad, que si bien los órganos y tejidos humanos no tienen precio y se encuentran por fuera del comercio, ello no obsta para que de acuerdo con lo previsto en el párrafo anteriormente transcrito, los bancos de tejidos y de médula ósea debidamente autorizados y las instituciones prestadoras de servicios de salud con programas de trasplantes habilitados, cobren los costos de los servicios y suministros allí señalados, los cuales, por razón de su propia naturaleza, son de suyo distintos de los componentes anatómicos

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

propiamente dichos.

Los Honorables Senadores Bernardo Alejandro Guerra Hoyos y Ángela Victoria Cogollos Amaya, en la ponencia presentada para segundo debate ante la Plenaria del Senado de la República, al proyecto de ley que habría de convertirse en la ley 919 de 2004, expresaron:

“Luego de un profundo estudio del proyecto podemos concluir que es ampliamente conveniente y necesario, para establecer cortapisas al criminal comercio de tejidos en que se ha estado incurriendo los últimos años, quizás por la falta de una ley específica y clara a ese respecto. [...] Es necesario entonces introducir una ley que prohíba el comercio de componentes anatómicos humanos con fines especulativos o de lucro económico, que penalice severamente esa conducta y lo mismo que la indebida utilización de la presunción de donación también denominada como presunción de no oposición establecida en la Ley 73 de 1988 y el Decreto 1546 de 1988, artículo 6”(Gaceta del Congreso N° 142 de 2004.).

En la Cámara de Representantes, los doctores Héctor Arango Ángel y Elías Raad Hernández, al rendir su ponencia para segundo debate manifestaron por su parte lo siguiente:

“[...] la esencia misma del proyecto mencionado, está en elevar a la categoría de delito la conducta que desborde los marcos legales allí establecidos y sus prohibiciones; es decir, como eje principal, lo que se traduce en que para que se agote dicho ilícito debe haber un agente que lo materialice, un beneficiario y un intermediario, quienes son los que verdaderamente obtienen el lucro respecto del hecho punible que se ejecuta.”(Gaceta del Congreso N° 660 de 2004.).

Como corolario de lo expuesto, los artículos 2° y 3° de la Ley 919 de 2004, establecieron el siguiente régimen sancionatorio:

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

Artículo 2°. Quien trafique, compre, venda o comercialice componentes anatómicos humanos, incurrirá en pena de tres (3) a seis (6) años de prisión.

Parágrafo. En la misma pena incurrirá quien sustraiga un componente anatómico de un cadáver o de una persona sin la correspondiente autorización, quien participe en calidad de intermediario en la compra, venta o comercialización del componente o quien realice publicidad sobre la necesidad de un órgano o tejido sobre su disponibilidad, ofreciendo o buscando algún tipo de gratificación o remuneración.

Artículo 3°. Las instituciones autorizadas como Bancos de Componentes Anatómicos y Centros de Trasplantes que participen de un proceso de extracción o trasplante contraviniendo la presente ley, o las normas previstas para la presunción de donación de que trata el artículo 2o de la Ley 73 de 1988, serán sancionadas con multa de veinte (20) a cien (100) salarios mínimos legales vigentes.

Por contera, el artículo 3° de la Ley 985 de 2005, "Por medio de la cual se adoptan medidas contra la trata de personas y normas para la atención y protección de las víctimas de la misma", además de calificar la extracción de órganos humanos con fines de explotación como una modalidad del delito de "trata de personas", incrementó severamente las penas, en los términos que siguen:

ARTÍCULO 3o. Trata de personas. El artículo 188A de la Ley 599 de 2000, adicionado por la Ley 747 de 2002 y modificado por la Ley 890 de 2004, quedará así:

"Artículo 188A. Trata de personas. El que capte, traslade, acoja o reciba a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación, incurrirá en prisión de trece (13) a veintitrés (23) años y una

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes".

*"Para efectos de este artículo se entenderá por explotación el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, **la extracción de órganos**, el turismo sexual u otras formas de explotación". (negrilla ajena al texto)*

"El consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación definida en este artículo no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal".

En la exposición de motivos del proyecto que precedió a la Ley 985 de 2005, sus autores, los honorables Senadores Rafael Pardo Rueda y Claudia Blum de Barberi, manifestaron que el tráfico o trata de personas, concepto que involucra el tráfico de órganos y tejidos humanos, es un flagelo que debe ser objeto de repudio y punición por parte del ordenamiento jurídico, por constituir en sí mismo un grave ultraje a la dignidad humana. En relación con el punto, al justificar la adopción de las medidas contenidas en el proyecto de ley, los ponentes agregan:

"...Esta práctica ha generado el rechazo por parte de los Estados y de la sociedad civil en general, al punto de ser considerada como un delito de lesa humanidad por la Corte Penal Internacional"

"El tráfico o trata de personas es un delito que viola gran cantidad de derechos fundamentales de las víctimas, comenzando por el no reconocimiento de la dignidad humana [...], al ser consideradas objeto de lucro de los traficantes y no como sujetos o seres humanos dotados de racionalidad propia, con libertad de autodeterminación, con el derecho a

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

desarrollar libremente su personalidad, olvidando la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos.”

“[...] De ahí la necesidad prioritaria y urgente de contar con una legislación adecuada que tenga por objeto dotar de herramientas al Estado para cubrir de forma integral las necesidades y los vacíos que se identifican en la lucha contra el tráfico o trata de personas.”

“Para ello es necesario trascender del aspecto punitivo, que se desarrolla de una manera adecuada en el estatuto penal [...], para pasar a regular la problemática desde una óptica más integral. (Gaceta del Congreso N° 410 de 2004).

En ese mismo contexto, debe destacarse la preocupación manifestada y compartida por los Jefes de Estado y de Gobierno, los ministros de salud de distintos países y diferentes organizaciones profesionales de naturaleza civil, con respecto al *“tráfico de órganos”* y al llamado *“turismo de trasplantes”*; de la cual se ha dejado constancia expresa en diferentes declaraciones y recomendaciones, que si bien no están revestidas de ningún poder coercitivo desde el punto de vista jurídico, son demostrativas del rechazo generalizado hacia ese tipo de prácticas ilícitas² La expresión más depurada de ese rechazo, es la Declaración de Estambul *“Sobre el tráfico de órganos y el turismo de trasplantes”*, adoptada en la cumbre internacional sobre turismo de trasplantes y tráfico de órganos, convocada por la Sociedad de Trasplantes y la Sociedad Internacional de Nefrología y que tuvo lugar en la capital Turca, del 30 de abril al 2 de mayo de 2008, en donde se señala lo siguiente:

² Cfr. la Declaración de la VII Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Salud celebrada en Granada, España, en el año 2005; la Declaración de la XV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, celebrada en Salamanca, España en el mes de Octubre de 2005; las Declaraciones de Mar del Plata, Argentina y la Habana, Cuba, emitidas en los meses de noviembre de 2005 y mayo de 2008 por la Red/Consejo Iberoamericano de Donación y Trasplante; y las recomendaciones del XX Congreso Latinoamericano y del Caribe de Trasplante realizado en Cartagena, Colombia, en el mes de septiembre de 2008, a instancias de la Sociedad de Trasplante de América Latina y del Caribe STALYC y de la Asociación Colombiana de Trasplante de Órganos.

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

“El tráfico de órganos y el turismo de trasplantes violan los principios de igualdad, justicia y respeto de la dignidad humana y deberán prohibirse. Puesto que los donantes con menos recursos económicos o más vulnerables son el blanco de la comercialización de trasplantes, se produce inexorablemente una injusticia y deberá prohibirse.” En desarrollo de dicho criterio, se incluyen dentro del catálogo de prácticas vedadas, la prohibición de todo tipo de anuncios, solicitudes o mediaciones que se dirijan a la comercialización de trasplantes, el tráfico de órganos o el turismo de trasplantes; las actuaciones de los médicos de donantes, encaminadas a alentar o utilizar productos del tráfico de órganos o el turismo de trasplantes; y las prácticas que induzcan a los grupos o individuos vulnerables, tales como las personas analfabetas y con pocos recursos económicos, los inmigrantes indocumentados, los presos y los refugiados políticos o económicos, a convertirse en donantes vivos de componentes anatómicos. La declaración en cuestión, se expresa, a manera de salvedad, que “...el reembolso integral de los gastos documentados reales de donar un órgano, no constituye el pago de un órgano, sino más bien es parte de los costes legítimos para tratar al receptor”, dentro de los cuales se incluyen los siguientes conceptos:

“a) Los gastos y costes pertinentes deberán calcularse y administrarse con una metodología transparente, de acuerdo con las normas nacionales;

b) El reembolso de los gastos aprobados se deberá hacer directamente en la parte que ofrece el servicio (como al hospital que suministró la asistencia médica al donante)

c) El reembolso de la pérdida de ingresos y los gastos varios del donante deberá administrarlos la agencia que se encargue del trasplante y que no los abone directamente el receptor del trasplante.”

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

Como complemento de lo anterior, al precisar cuáles son esos gastos justificados que pueden reembolsarse, previa documentación de los mismos, la Declaración de Estambul señaló los siguientes:

"a) El gasto de cualquier evaluación médica y psicológica de los donantes vivos potenciales que no pueden donar (por ejemplo, por padecimientos médicos o inmunológicos descubiertos durante el proceso de evaluación);

b) Los gastos ocurridos en la gestión y realización de las fases pre-, peri- y post- operatorias del proceso de donación (por ejemplo, llamadas telefónicas de larga distancia, viajes, alojamiento y gastos de manutención)

c) Los gastos médicos de la atención médica tras el alta del donante,

d) La pérdida de ingresos relativa a la donación (de acuerdo con la normativa nacional). "

De manera conclusiva se puede afirmar entonces que en el derecho colombiano ha sido constante y reiterada la prohibición de que los órganos y tejidos humanos sean objeto de compraventa. Siguiendo una tendencia ampliamente difundida en el concierto universal, nuestro ordenamiento jurídico repudia y castiga de manera severa cualquier conducta mercantilista que pretenda convertir las células, órganos y tejidos humanos en objetos de comercio, ya que tales actos son contrarios a la dignidad humana y al respeto mínimo que debemos a los miembros de nuestra especie. Aún así, no puede perderse de vista que el ordenamiento jurídico autoriza de manera expresa el cobro de los costos razonables de los servicios de obtención, extracción, traslado, conservación y análisis de los órganos o tejidos y los que conlleve la hospitalización, cirugía y tratamiento tanto del receptor como del donante, los cuales de ninguna manera quedan cobijados por la gratuidad que se predica de los órganos y tejidos humanos.

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

4.- Examen de los cargos

4.1.- Primer cargo: Relativo a la extralimitación del ejecutivo en el ejercicio de las facultades reglamentarias, al excluir la participación de las entidades con ánimo de lucro de las actividades asociadas al trasplante de órganos y tejidos humanos.

De conformidad con los discernimientos jurisprudenciales realizados por la Sala, el ejercicio de las facultades reglamentarias por parte del Presidente de la República debe apuntar fundamentalmente al desarrollo de las leyes o las normas con fuerza de ley que son objeto de reglamentación, lo cual conlleva la precisión de las circunstancias de modo, tiempo y lugar que son necesarias para asegurar su estricto cumplimiento. Por lo mismo, las normas reglamentarias, estando completamente subordinadas y supeditadas a la ley, no pueden entrar a disponer nada que exceda o contraríe el contenido de los preceptos que son objeto de reglamentación. En ese sentido, es claro que las normas que expida el ejecutivo no pueden llegar al extremo de modificar o contradecir las disposiciones legales, ni menos aún ampliar o restringir su alcance y su ámbito de aplicación.

En efecto, la facultad que el artículo 189 numeral 11 de la Carta radica en el Presidente de la República, no tiene un alcance absoluto, pues encuentra su límite y su radio de acción en los propios términos del texto legal. En ese sentido, el primer mandatario del país, bajo el pretexto de desarrollar reglamentariamente los mandatos legales, no puede llegar al extremo de alterar o modificar su contenido ni su espíritu, ni referirse a materias expresamente reservadas al legislador.

Visto lo anterior, esta Corporación considera, a diferencia de lo que piensa el demandante, que los artículos demandados no son contrarios al

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

ordenamiento jurídico superior, teniendo en cuenta las razones que se exponen a continuación:

En el presente caso, el Decreto censurado fue proferido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 49 y el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política de Colombia, así como también por los artículos 515 literal f) y 564 de la Ley 9ª de 1979; el artículo 8º de la Ley 73 de 1988; los artículos 173 numeral 3º y 245 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 42.3 de la Ley 715 de 2001.

Mientras el artículo 49 de nuestro ordenamiento constitucional, garantiza *“a todas las personas”* el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, el artículo 189, numeral 11 de la Carta radica de manera puntual en el Presidente de la República la potestad de reglamentar las leyes a través de la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes que sean necesarios para la cumplida ejecución de lo que en ellas se dispone.

El artículo 515 de la Ley 9ª de 1979, por su parte, estableció que las disposiciones de su título IX tienen por objeto reglamentar *“[...] la donación o el traspaso y la recepción de órganos, tejidos o líquidos orgánicos utilizables con fines terapéuticos”*. Además de ello, el artículo 564 es claro al establecer que *“Corresponde al Estado como regulador de la vida económica y como orientador de las condiciones de salud, dictar las disposiciones necesarias para asegurar una adecuada situación de higiene y seguridad en todas las actividades, así como vigilar su cumplimiento a través de las autoridades de salud.”*

Los demás soportes jurídicos invocados por el ejecutivo son el artículo 173 numeral 3º de la Ley 100 de 1993, que radicó en el Ministerio de Salud (*hoy de la Protección Social*) la función de expedir las normas administrativas de

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

obligatorio cumplimiento para las distintas entidades e instituciones que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud y el artículo 245 de la misma ley, mediante el cual se creó el INVIMA, como organismo encargado de adelantar la ejecución de las políticas públicas en materia de vigilancia sanitaria y control de calidad. Esta norma atribuyó igualmente al Gobierno Nacional la función de reglamentar tanto el régimen de registros y licencias, como los distintos tópicos atinentes a la vigilancia sanitaria y al control de calidad. Por último, el numeral 3° del artículo 42 de la Ley 715 de 2001, establece que es responsabilidad de la Nación *"Expedir la regulación para el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud."*, la cual debe respetar, desde luego, las competencias asignadas al Congreso de la República.

El artículo 8° de la Ley 73 de 1988, por su parte, fue claro en establecer además, que *"Teniendo en cuenta las disposiciones de la presente Ley, el Gobierno reglamentará la donación y trasplante de órganos y componentes anatómicos, así como el funcionamiento de bancos de órganos, comprendido en un sólo texto dichos reglamentos."*

Como se puede advertir, ninguna de las disposiciones mencionadas, como tampoco ninguno de los preceptos contenidos en las Leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988, permite concluir que el legislador haya excluido de manera expresa y deliberada a las personas jurídicas con ánimo de lucro de la posibilidad de intervenir en el desarrollo de actividades y procedimientos relativos a componentes anatómicos de origen humano.

A partir de las constataciones anteriores, observa la Sala que el cargo propuesto contra el artículo 8° demandado no está llamado a prosperar, pues aunque dispone que las *actividades y procedimientos relativos a componentes anatómicos*, solamente pueden desarrollarse por entidades que no tengan ánimo de lucro, al mismo tiempo permite que aquellas y éstos puedan ser realizados por Instituciones Prestadoras de servicios de

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

salud, con lo cual se quedan sin sustento las objeciones e inectivas formuladas con respecto a la legalidad del precepto, por cuanto la naturaleza jurídica de tales instituciones bien puede corresponder a la de entidades con ánimo o sin ánimo de lucro. En otras palabras, estima la Sala que no es cierto que la facultad reglamentaria haya sido ejercida en este caso para limitar el alcance de lo dispuesto por el legislador.

En opinión de la Sala, el precepto en mención permite entender que las entidades con ánimo de lucro bien pueden intervenir en el desarrollo y prestación de tales actividades y procedimientos, bajo la condición de ostentar el carácter de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y de contar, como es obvio, con la habilitación y las licencias respectivas para ello.

A juicio de esta Corporación, no tendría ningún sentido soslayar o repudiar el concurso del sector privado en el desarrollo y ejecución de los procedimientos de trasplante y demás actividades conexas y complementarias, cuando es bien conocido que los grandes avances alcanzados hasta el momento en el campo de los trasplantes, en muy buena medida ha sido el resultado del esfuerzo de instituciones y entidades particulares, con ánimo o sin ánimo de lucro, las cuales, en no pocas ocasiones, son las que realmente cuentan con la disponibilidad de los recursos humanos, científicos, tecnológicos y financieros necesarios para la realización idónea de tales actividades y procedimientos. Las grandes inversiones realizadas por tales instituciones en procura de desarrollar y depurar las técnicas de trasplante y conservación de componentes anatómicos, y los enormes esfuerzos desplegados por ellas en la construcción y divulgación del conocimiento, llevan a pensar que establecer interdicciones o restricciones a su participación en este tipo de procedimientos terapéuticos no sería conveniente para los intereses

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

públicos, pues el Estado no siempre se encuentra en condiciones de poder asumir la prestación de estos servicios en forma directa y eficiente.

Es precisamente por lo anterior que las normas acusadas, en vez de proscribir el aporte de tales entidades, lo que hacen es encausar su participación, a través de las IPS, que como bien se sabe se encuentran sometidas a la inspección y vigilancia de las autoridades sanitarias competentes.

A lo anterior hay que agregar que desde la expedición de ley 10ª de 1990, la intervención de los particulares en la prestación de los servicios de salud, ha sido considerada como uno de los puntales de nuestro Sistema Nacional de Salud, lo cual se acompasa con los distintos preceptos constitucionales que privilegian su participación activa en los diferentes ámbitos y escenarios de la vida nacional. Es precisamente por lo anterior, que en el artículo 49 de la Constitución se consagra como deber del Estado *"...establecer las políticas para la prestación de los servicios de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control."* [Subrayado ajeno al texto]

Similares predicamentos cabe formular frente al hecho de que el artículo 21 del Decreto acusado haya previsto que *el rescate de órganos y los procedimientos de trasplante*, deban ejecutarse exclusivamente por *Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud que tengan habilitados programas de trasplante*, pues de ello se deriva la posibilidad de que las entidades privadas, incluidas las que tienen ánimo de lucro, puedan asumir la prestación de esos servicios. En todo caso, no basta simplemente con ostentar dicha condición, ya que, como la misma norma lo indica, es preciso que cuenten con la correspondiente habilitación otorgada por las autoridades competentes, pues en tratándose de una materia tan sensible y delicada como esta, el cumplimiento de ese requisito es indispensable para garantizar la idoneidad médica, científica y tecnológica

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

de las instituciones que intervienen en la realización de tales procedimientos.

Ahora bien, en lo que respecta a la exigencia consagrada en el párrafo del artículo 21 del Decreto 2493 de 2004, en el sentido de que la *obtención, extracción, procesamiento y distribución de tejidos y médula ósea* se realice exclusivamente por bancos de tejidos o huesos *“sin ánimo de lucro”* debidamente autorizados por el INVIMA, la Sala considera que dicho requerimiento concuerda por completo con las disposiciones legales y las consideraciones teleológicas y humanitarias que sirven de pilastra a la legislación colombiana en la materia y a las cuales se hizo amplia alusión en el acápite anterior de la presente providencia, a efectos de prevenir que los órganos y tejidos obtenidos se conviertan en objetos de comercio.

Hoy en día, cuando el trasplante de esos componentes anatómicos se erige en una de las alternativas más idóneas y apropiadas para el tratamiento de ciertas patologías e incluso para alcanzar la curación de determinadas enfermedades terminales o mejorar sustancialmente la calidad de vida de los seres humanos, las consideraciones éticas y axiológicas expuestas con respecto a la donación filantrópica y altruista de órganos y tejidos humanos, adquieren una especial relevancia y significación, en razón de las implicaciones morales, sociales y económicas asociadas a esta modalidad terapéutica. Por todo ello, las autoridades sanitarias, al ejercer el control de los procedimientos de obtención, conservación y utilización de órganos provenientes de cadáveres o de personas vivas, al cual hace referencia el artículo 516 literal g) de la Ley 9ª de 1979, deberán extremar todos sus cuidados con el propósito de prevenir y evitar que todo ello pueda degenerar en actuaciones al margen de la ley. Por lo mismo, los procedimientos de ablación, extirpación, extracción, trasplante e implante de órganos y tejidos humanos, deberán realizarse únicamente en centros

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

previa y debidamente habilitados y acreditados de forma oficial, bajo el control estricto de las autoridades sanitarias, en los términos prescritos por el artículo 540 de la Ley 9ª de 1979, cuyo texto es del siguiente tenor:

***ARTÍCULO 540.-** Cualquier institución de carácter científico , hospitalario o similar, que se proponga emplear métodos de trasplantes o utilizar los elementos orgánicos con fines terapéuticos, deberá obtener de la autoridad sanitaria la licencia correspondiente, previa comprobación de que su dotación es adecuada, sus equipos científicos capacitados y que por investigaciones y experiencias aceptadas universalmente, el acto terapéutico no constituirá un riesgo, distinto de aquél que el procedimiento conlleve para la salud del donante o del receptor.*

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

Por las razones expuestas, la Sala estima que lo dispuesto en los artículos 8° y 21 parágrafo del Decreto reglamentario, no riñe con las normas legales reglamentadas, pues es a todas luces claro e irrefutable que el legislador jamás restringió la posibilidad de que las personas con ánimo de lucro, intervengan en los procedimientos y actividades asociados al trasplante de órganos y tejidos humanos, lo cual determina la denegación de la pretensión de que se declare la nulidad de los artículos demandados.

No huelga predicar, en todo caso, a manera de conclusión y de advertencia, que si bien el legislador, al regular la prestación de los servicios de extracción, captación, preservación, almacenamiento, distribución y trasplante de órganos y tejidos humanos, no excluyó la intervención de personas jurídicas con ánimo de lucro en el tema de los trasplantes, es claro que aquellas deben someterse a las regulaciones vigentes, respetando ante

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

prioritariamente el principio de gratuidad que es propia de la donación de componentes anatómicos humanos. Las autoridades competentes, por su parte, están llamadas a extremar su cuidado en la inspección y vigilancia de las actividades que desarrollen las entidades públicas y privadas que prestan este tipo de servicios, a fin de evitar que unas y otras acaben convertidas en mercaderes dedicados al macabro negocio de la comercialización ilegal de elementos orgánicos, aprovechándose indebidamente de quienes estando en situación de extrema necesidad y desesperación, se ven constreñidos a tener que vender una parte de su cuerpo para poder sobrevivir.

Corresponde entonces a las autoridades sanitarias de todos los órdenes, ejercer con la mayor severidad, inflexibilidad y firmeza sus responsabilidades que en materia de policía administrativa les corresponde, a efectos de encauzar el desarrollo de las actividades asociadas al trasplante y disposición de componentes anatómicos dentro de las previsiones de la Constitución y la ley, pues Colombia no puede convertirse en una zona franca para el tráfico ilícito de órganos humanos ni mucho menos en un paraíso para quienes han encontrado en el turismo de trasplantes el mejor camino para satisfacer sus voraces apetitos de enriquecimiento personal, a costa del dolor y las necesidades de su semejantes.

4.2.- Segundo cargo: Relativo a la presunta discriminación de personas extranjeras no residentes en Colombia, al condicionarse su derecho de recibir algún componente anatómico de origen humano con fines de trasplante.

Ahora bien, con respecto a la segunda censura planteada en la demanda, atinente a la presunta discriminación que quedó consagrada en el artículo

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

40 del Decreto 2493 de 2004 y que a juicio del actor desconoce los derechos de personas extranjeras no residentes en el territorio nacional, 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.

La medida cuestionada por el actor es totalmente razonable y comprensible, pues 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 H. Corte Constitucional, en Sentencia T-170 de 9 de marzo de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño, al referirse a la constitucionalidad de los turnos en materia de derechos prestacionales o servicios asistenciales, expresó además, que *"[...] el mecanismo del turno o la lista de espera, se encuentra justificado por la pretensión de racionalización del servicio."*

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

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 esta 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.

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

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

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.

La obligación de respetar los turnos, sin embargo, no constituye una camisa de fuerza para la administración ni debe aplicarse con un rigor absoluto, pues en casos de urgencia extrema y de inminente peligro, el orden de prelación puede y debe ser objeto de variación o modificación. Al respecto, la Corte Constitucional en la Sentencia antes citada señaló:

“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

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

residente o de su postergación, dependerá la efectividad de sus derechos fundamentales.”

Como complemento de lo anterior, en Sentencia T-269/08, M. P. Jaime Araújo Rentarúa, la misma Corte Constitucional agregó:

“[...] 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.”

En suma, la circunstancia de que una persona natural ostente una nacionalidad distinta de la colombiana o el hecho de que aquella tenga la calidad de residente o de simple transeúnte, no es óbice para que en caso de necesidad y estando en el territorio nacional, pueda llegar a convertirse en receptora de un órgano o tejido para trasplante, pues según las voces del artículo 13 constitucional, el origen nacional de las personas no puede ser invocado como fundamento de ningún tratamiento discriminatorio.

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

En ese mismo contexto, es preciso recordar que según lo dispuesto en el artículo 2° de la Constitución Política de Colombia, *“Las autoridades de la República están instituidas para **proteger a todas las personas residentes en Colombia**, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”* (el resaltado es ajeno al texto)

Si bien el artículo antes mencionado no hace ninguna referencia a los extranjeros no residentes en Colombia, ello no significa que el deber de protección que recae sobre el Estado esté excluyendo a los extranjeros no residentes en el territorio nacional, pues la protección de los derechos constitucionales fundamentales *-y el derecho a la salud es uno de ellos-* se predica de **todas las personas**, por mandato expreso del artículo 86 de la Constitución Política. En tal virtud, se debe recordar que *“persona”* es “[...] *todo individuo de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición*”, tal cual lo dispone el artículo 75 de nuestro Código Civil.

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.

Siguiendo con el hilo conductor de las presentes consideraciones, también es del caso traer a colación que si bien el artículo 13 de la Carta consagra el derecho a la igualdad y proscribire 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,

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

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. Sobre el particular, la H. Corte Constitucional, en Sentencia C-768/98. M.P., Eduardo Cifuentes Muñoz, dejó consignadas las siguientes apreciaciones:

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

*“De lo anterior se colige que no en todos los casos el derecho de igualdad opera de la misma manera y con similar arraigo para los nacionales y los extranjeros. Ello implica que cuando las autoridades debatan acerca del tratamiento que se debe brindar a los extranjeros en una situación particular, para el efecto de preservar el derecho de igualdad, **habrán de determinar en primera instancia cuál es el ámbito en el que se establece la regulación, con el objeto de esclarecer si éste permite realizar diferenciaciones entre los extranjeros y los nacionales.** Por lo tanto, la intensidad del examen de igualdad sobre casos en los que estén comprometidos los derechos de los extranjeros dependerá del tipo de derecho y de la situación concreta por analizar”. (La negrilla es ajena al texto)*

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

Como bien se puede apreciar, la Carta Política de 1991 estableció una norma general de igualdad para colombianos y extranjeros en materia de **derechos civiles** y estableció como excepción, la posibilidad de que el legislador, por razones de orden público, subordine a condiciones especiales o aun niegue el ejercicio de determinados derechos o consagre limitaciones al disfrute de ciertas garantías por parte de los extranjeros. Esa posibilidad de condicionar o de negar el ejercicio de determinados derechos civiles por parte de los extranjeros, no puede llegar al extremo de afectar todos sus derechos, pues tal como lo ha expresado con acierto la Corte Constitucional, la posibilidad de someter el ejercicio de los derechos civiles de los extranjeros a condiciones especiales e incluso la misma posibilidad de excluirlos por completo de su disfrute no es absoluta, pues al fin y al cabo *"[...] el constituyente ha previsto esa posibilidad a condición de que no afecten derechos fundamentales."* (Corte Constitucional, Sentencia C-179 de 1994, M. P. Carlos Gaviria Díaz)

Siguiendo esa línea argumental, la Sala es del criterio que el derecho a la salud, que en Colombia tiene la connotación de derecho fundamental, es de aquellos respecto de los cuales la posibilidad de establecer restricciones o limitaciones se encuentra restringida. En relación con este punto concreto, la H. Corte Constitucional, en Sentencia T-820 del 21 de agosto de 2008, M. P. Jaime Araújo Rentería, señaló.

*"La garantía de la satisfacción del derecho a la salud que debe proveer el Estado **a todos los habitantes** está inserta en el artículo 49 de la Constitución Política bajo los siguientes términos: **"Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación en la salud"** y **"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"** (La negrilla es ajena al texto pero el subrayado es de la Corte Constitucional).*

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

"La naturaleza fundamental del derecho a la salud se edifica en dos pilares armónicos y complementarios, éstos son, el carácter autónomo e independiente que abarca este derecho en sí mismo y en la conexidad que posee con otros derechos de rango fundamental."

"Previamente al desarrollo propuesto acerca de la naturaleza fundamental, se ha de determinar la noción que sobre el derecho a la salud ha fijado esta Corporación. Así, la salud definida como la facultad de "mantener la normalidad orgánica y funcional tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación", responde al imperativo de garantizar al individuo una vida digna, toda vez que la garantía de una buena salud, posibilita al ser humano desarrollar plenamente sus funciones y actividades naturales, lo que repercute a su vez en el aumento de las opciones para ejecutar su propia vida en ejercicio del derecho pleno a la libertad."

"Así, con base en lo precedentemente señalado, la garantía de la salud implica la recuperación no sólo cuando el individuo está en peligro de muerte sino también cuando la alteración de las funciones vitales constituye una enfermedad sin categoría de 'terminal', ya que la ausencia en su protección constituiría una falta a la dignidad, pues "al hombre no se le debe una vida cualquiera sino una vida saludable" y por ende tiene derecho a "abrigar esperanzas de recuperación, a procurar alivio a sus dolencias y buscar la posibilidad de una vida que pueda llevarse con dignidad".

*"Ahora bien, en lo que atañe con la naturaleza fundamental, al señalar el artículo 49 de la Constitución como sujeto destinatario del derecho a la salud a "todas las personas"- "los habitantes", se reconoce que **este derecho es atribuible a todo ser humano por ser tal, es decir, el ser humano lleva insita la facultad de estar bien, este bienestar ha sido caracterizado por el Estado por medio de una serie de atributos -denominado carta de derechos, entre éstos el de la salud-, que deben ser satisfechos para de este modo cumplir el objetivo estatal.**" (La negrilla es ajena al texto original)*

"El derecho a la salud es así un derecho "predicable y reconocido para todas las personas sin excepción, en su calidad de tales, de seres humanos con dignidad". (La negrilla es ajena al texto original)

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

*“De este modo, la naturaleza fundamental del derecho a la salud radica en el carácter universal que se predica de éste. Universalidad que se manifiesta tanto en el sujeto a quien le ha sido reconocido el derecho como en el objeto o la prestación de los servicios de salud en general. La universalidad predicable del sujeto, determinó esta Corporación, “implica que **todas las personas habitantes del territorio nacional** tienen que estar cubiertas, amparadas o protegidas en materia de salud” y en lo que corresponde con el objeto, se refiere a la prestación de “...todos los servicios de salud, bien sea para la prevención o promoción de la salud, o bien para la protección o la recuperación de la misma” (La negrilla es ajena al texto pero el subrayado es de la Corte Constitucional).*

“Es así como la universalidad y el valor innato de la salud para el desarrollo del ser humano, caracteriza la autonomía e independencia de este derecho, que para la procedencia de su amparo excluye la condición de estar conexo con un derecho catalogado tradicionalmente como fundamental.”

“La naturaleza fundamental del derecho a la salud relacionada con la conexidad con otros derechos fundamentales tiene que ver con que la satisfacción de éste, garantiza el amparo de derechos esenciales como la vida, la integridad y la dignidad personal. De esta forma, este vínculo sustancial con el derecho a la vida, base fundamental de la organización estatal, hace que la salud sea, igualmente por este medio, considerado un derecho fundamental.”

“Así, la naturaleza fundamental del derecho a la salud permite que ante la presencia de alguna vulneración sea procedente su amparo inmediato, pues al desmedrarse la calidad de vida del individuo se ha de propender por su restablecimiento, para de este modo conseguir su bienestar, fin esencial de la estructura Estatal y adicionalmente, en razón a que con esa actuación se le otorga al individuo la posibilidad de mantener o adquirir una vida en condiciones de dignidad.” (La negrilla es ajena al texto original)

Los criterios expuestos se acompañan con las previsiones del artículo 2° de la Constitución, en donde se consagra que es deber de las autoridades públicas brindar protección a “*todas las personas*” en sus vidas, honra y bienes, incluyendo en dicha categoría tanto a los nacionales como a los

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

extranjeros, reiterando de esa manera una añeja tradición que es propia de nuestro constitucionalismo.

Como complemento de lo dicho hasta aquí, no puede dejar de señalarse que el artículo 93 de nuestra Constitución incorporó en el ordenamiento jurídico nacional aquellos tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos, los cuales, además de constituir un parámetro de control constitucional, son referentes normativos de carácter obligatorio para los operadores jurídicos, pues al formar parte de aquello que la jurisprudencia y la doctrina denominan bajo el apelativo de *"bloque de constitucionalidad"*, ha de entenderse que unos y otros deben ser acatados y aplicados de manera rigurosa en nuestro país. En ese orden de ideas, lo preceptuado en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el ciudadano, en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en los Convenios de Ginebra, en los Protocolos I y II en y ciertas normas del Pacto de San José de Costa Rica, con respecto a la protección de la vida y la salud humanas, es de obligatorio cumplimiento.

Según lo expresado hasta aquí, ha de entenderse entonces que el derecho a la salud cobija por igual a los nacionales por nacimiento o adopción y a los extranjeros que ostentan la condición de residentes o no residentes en Colombia, bajo la única condición de que, en tratándose de los extranjeros, se encuentren en el territorio nacional. Por lo mismo, el disfrute de ese derecho por parte de los no nacionales, se extiende desde su ingreso y hasta el momento mismo en que termine su estancia en el territorio nacional, pues por razones de simple lógica ese derecho no puede cobijar a los extranjeros que hayan abandonado nuestro territorio patrio. En otras palabras, la migración de los extranjeros hacia sus países de origen o hacia otros destinos, pone punto final a la obligación del Estado colombiano de garantizarles la efectividad de su derecho a la salud, por cuanto dicha

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

obligación se encuentra supeditada a la permanencia de los extranjeros en Colombia.

Dicho de otra manera, el deber de solidaridad del Estado colombiano frente a aquellas personas que ingresan al país en calidad de transeúntes, expira al concluir la condición migratoria con la cual ingresaron y permanecieron en el país, pues ha de entenderse que al abandonar el territorio colombiano, ese deber humanitario se traslada a su país de origen o a otros Estados de la comunidad internacional que los reciba en su territorio. Todo lo anterior ha de entenderse desde luego, sin perjuicio de los tratados o convenios celebrados o que llegare a celebrar Colombia en relación con estos temas.

Resumiendo las ideas consignadas en las páginas precedentes, 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 de 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.

Por último, los operadores y prestadores de servicios relacionados con los servicios relacionados con el trasplante de componentes anatómicos, deberán tener en cuenta además, que de conformidad con lo previsto en el artículo 40 del Decreto demandado, es preciso que en cada caso particular se respeten *“los criterios únicos técnico-científicos de asignación y selección”* y se cumpla con la *“[...] previa suscripción de contrato de la institución con el receptor o la entidad que asumirá el costo de la atención.”*

Rad. N° 11001-03-24-000-2006-00121-00
Actor: IGNACIO MEJÍA VELÁSQUEZ
Acción de Nulidad

En razón de lo expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda, de conformidad con las consideraciones consignadas en esta providencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA
Presidente

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO