

Sentencia T-482/18



Referencia: Expediente T-6.451.276

Demandante: Lasdenny Osorio Estrada, como agente oficiosa de Antonio Cañete Ramírez
Demandado: Salud Total EPS

Magistrado Sustanciador:
ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá, D. C., doce (12) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo, Gloria Stella Ortiz Delgado y Cristina Pardo Schlesinger, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos de tutela dictados por los Juzgados Séptimo Penal Municipal de Conocimiento de Cali¹, en primera instancia, y Trece Penal del Circuito, de la misma ciudad², en segunda instancia, en el trámite del amparo constitucional promovido por Lasdenny Osorio Estrada, como agente oficiosa de Antonio Cañete Ramírez, en contra Salud Total EPS.

El proceso de la referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección de Tutelas Número Once, mediante auto proferido el 14 de noviembre de 2017.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

Lasdenny Osorio Estrada, obrando como agente oficiosa de Antonio Cañete Ramírez, presentó acción de tutela en contra de Salud Total EPS, en procura de obtener la protección de los derechos fundamentales de su agenciado a la salud y a la vida digna.

Lo anterior, en razón a que la citada entidad suspendió todos los trámites relacionados con el trasplante hepático, a pesar de que el paciente había sido remitido para evaluación de este procedimiento, bajo el argumento según el cual

¹ Sentencia proferida el 14 de junio de 2017.

² Sentencia proferida el 26 de julio de 2017.

de conformidad con la ley este servicio solo se brinda a los nacionales colombianos.

2. Reseña fáctica³

2.1. Antonio Cañete Ramírez, en la actualidad tiene 70 años de edad y es de nacionalidad española⁴.

2.2. Permanece en Colombia de manera legal y en condición de extranjero no residente al encontrarse registrado con Visa TP-10 No. ZA 229208, expedida el 25/04/2016 con vigencia hasta el 25/04/2019⁵ y número de cédula de extranjería 590280 expedida en Cali⁶.

2.3. Está afiliado a Salud Total EPS⁷.

2.4. El señor Cañete Ramírez fue diagnosticado con “*cirrosis hepática*” y presenta problemas de movilidad⁸.

2.5. Recibió atención médica en la Clínica Nuestra Señora ubicada en la ciudad de Cali en las especialidades de gastroenterología y hepatología. Allí, el médico tratante Dr. Mauricio Gómez, lo remitió a la evaluación “*PRE TRASPLANTE HEPÁTICO*”.

2.6. El 28 de marzo de 2017 fue valorado por la Dra. Adriana Varón Puerta, Hepatóloga-gastroenteróloga de la Fundación Cardioinfantil, quien conceptuó que el único procedimiento clínico que se debía realizar era el trasplante de hígado y determinó como plan de manejo inicial: valoración con trabajo social, psicología y consulta de control en un mes⁹.

2.7. Según la señora Lasdenny Osorio Estrada, una funcionaria de la entidad demandada, Karol Calderón, le informó que por la condición de extranjero del paciente se suspendía todo lo relacionado con el servicio de trasplante hepático porque, de conformidad con la ley, este procedimiento solo se brinda a los nacionales colombianos.

2.8. La señora Osorio Estrada, respecto de sus condiciones personales y las del señor Cañete Ramírez, afirma que no cuentan con los recursos económicos para solventar sus necesidades básicas, dado que ella no puede trabajar porque debe cuidar a su compañero permanente las 24 horas del día y los 500 euros que él

³ El presente capítulo resume la narración hecha por la agente oficiosa, así como otros elementos fácticos y jurídicos observados en el expediente, los cuales se consideran relevantes para comprender el caso.

⁴ A folio 20 del Cuaderno Principal, se adjunta la copia del pasaporte del señor Antonio Cañete Ramírez en el que se consigna, entre otros datos, la fecha y lugar de nacimiento.

⁵ Una copia de la visa del señor Antonio Cañete Ramírez se encuentra a folio 23 del Cuaderno Principal.

⁶ A folio 17 *ibídem* reposa una copia de dicho documento. Además, esta información es confirmada por la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, en sede de revisión.

⁷ Esta afirmación la hace la señora Lasdenny Osorio Estrada y es corroborada por la EPS demandada.

⁸ Este diagnóstico se encuentra referido en la historia clínica visible a folios 12-15 y 17 del Cuaderno Principal.

⁹ Esta evaluación se consigna en la historia clínica visible allegada a folios 12-15 *ibídem*.

recibe como auxilio por edad por parte del gobierno español resultan insuficientes¹⁰.

3. Contestación de la acción de tutela

El 5 de junio de 2017, el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Conocimiento de Cali, admitió la demanda y corrió traslado a Salud Total EPS para que ejerciera su defensa¹¹.

Así mismo, vinculó al Ministerio de Salud y Protección Social, al Instituto Nacional de Salud, a la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca-Red Regional de Trasplantes, a la Fundación Cardioinfantil y a la Superintendencia Nacional de Salud con el fin de que explicaran el protocolo, tratamiento, valoración y pasos de la cirugía “*trasplante de hígado*”, las acciones que han realizado en el caso del señor Antonio Cañete Ramírez e indicaran la etapa en la que éste se encuentra.

3.1. Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, el Ministerio de Salud y Protección Social, a través del Director Jurídico, señaló¹²:

-El Ministerio como ente rector en materia de salud, le corresponde la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos de este sector y del Sistema General de Seguridad Social y proferir normas administrativas, técnicas y científicas relacionadas con el tema. De ahí que, en ningún caso es responsable directo de la prestación de los servicios de salud.

-La normatividad que regula el Sistema General de Seguridad Social en Salud no ha previsto una forma de cobertura especial para los extranjeros no residentes, razón por la cual la atención que ellos requieran y sea prestada por las instituciones de salud debe ser sufragada directamente por los mismos.

-Si una institución pública o privada le presta servicios de salud a un ciudadano extranjero de conformidad con los artículos 168 de la Ley 100 de 1993, 67 de la Ley 715 de 2001 y 20 -parágrafo único-de la Ley 1122 de 2007 y éste no cuenta con capacidad económica para sufragar el costo de la prestación, el pago deberá ser asumido por la respectiva entidad territorial donde se haya efectuado la atención.

La entidad territorial deberá informar a Migración Colombia cuando un extranjero que se encuentra en el país en forma irregular demande servicios de salud para que se defina su situación migratoria, se solicite y expida la cédula de extranjería y se realice su afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

-Tratándose de la atención en salud a los extranjeros no residentes que no

¹⁰ Esta afirmación la hizo la señora Osorio Estrada en diligencia de declaración rendida ante el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Conocimiento de Cali.

¹¹ Folio 100 *ibíd.* del Cuaderno Principal

¹² Folios 104 y 105 *ibíd.*

corresponda a una urgencia su prestación estará sujeta a que éste asuma su costo con recursos propios.

Lo anterior por cuanto el artículo 32 de la Ley 1438 de 2011 señala que los extranjeros transeúntes al momento de ingresar al país deberán contar con un seguro de salud o, en su defecto, las embajadas o el consulado tendrán que coordinar la prestación de los servicios médicos, toda vez que les compete adelantar las gestiones necesarias para proteger a sus connacionales en territorios extranjeros.

-La afiliación de los extranjeros que se encuentren residiendo y habitando legalmente en el país debe efectuarse a través del régimen contributivo -si cuentan con capacidad de pago- o, a través del régimen subsidiado, siempre y cuando cumplan los requisitos y condiciones para acceder al mismo.

3.2. Oportunamente, Salud Total EPS, a través de la gerente de la sucursal de Cali, contestó la demanda de tutela en estos términos¹³:

-Antonio Cañete Ramírez con cédula de extranjería No. 590280 es un paciente masculino de 69 años de edad, con 44 semanas cotizadas en el régimen contributivo, rango 1, activo y actualmente con diagnóstico de cirrosis hepática. Fue valorado por hepatología en la clínica Nuestra Señora de la ciudad de Cali donde por patología fue remitido a evaluación por grupo de trasplante.

No obstante, como el paciente no cuenta con nacionalidad colombiana, no es posible que se acceda a lo solicitado por la vía de amparo porque ello contrariaría la normatividad vigente, específica y reciente que prohíbe expresamente el trasplante a extranjeros no residentes, esto es, el artículo 10 de la Ley 1805 de 2016. Además, se desconocería la jurisprudencia constitucional, específicamente la Sentencia T-728 de 2016 y el juicioso análisis realizado por el Consejo de Estado en el fallo del 8 de abril de 2010 cuando estudió una demanda de nulidad interpuesta contra varios artículos del Decreto 2493 de 2004, por el cual se regula la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos de trasplante.

-Salud Total EPS le ha brindado al señor Cañete Ramírez y le continuará prestando la atención médica que necesite para el tratamiento de su patología como exámenes, terapias, suministro de medicamentos y, en general, los servicios que su caso requiera.

3.3. El Instituto Nacional de Salud, la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca-Red Regional de Trasplantes, la Fundación Cardioinfantil y la Superintendencia Nacional de Salud no allegaron escrito alguno en el término legal concedido.

4. Decisiones judiciales que se revisan

¹³ Folios 107-118 *ibíd.*

4.1. Primera instancia

El Juzgado Séptimo Penal Municipal de Conocimiento de Cali, mediante sentencia del 14 de junio de 2017 decidió amparar los derechos fundamentales del señor Cañete Ramírez, bajo las siguientes consideraciones¹⁴:

-El señor Antonio Cañete Ramírez se afilió sin ningún inconveniente a la entidad demandada como cotizante rango 1 porque cumplió con todos los requisitos.

-Según lo expresado por su compañera permanente, el señor Cañete Ramírez fijó su residencia desde hace quince meses en la ciudad de Cali.

-Conforme con la historia clínica aportada al proceso el agenciado fue diagnosticado con “*CIRROSIS DE HÍGADO*” y no puede movilizarse por sí mismo.

-Por la edad del agenciado y su deplorable estado de salud es un sujeto de especial protección constitucional, la cual debe ser brindada por el Estado y por las instituciones que prestan los servicios de salud, pues sin un adecuado tratamiento se puede agravar su condición médica.

-La Ley 100 de 1993 impuso la obligación de garantizar los derechos fundamentales a la salud de los ciudadanos nacionales y extranjeros residentes en el país a través de las Entidades Promotoras de Salud EPS públicas y privadas.

-En este caso debe prevalecer el criterio del médico tratante porque es quien además de tener las calidades profesionales y científicas, conoce mejor las condiciones de salud del paciente.

En el presente asunto, se observa en la historia clínica del señor Cañete Ramírez que, el Dr. Mauricio Gómez, Gastroenterólogo, ordenó una “*valoración pretrasplante hepático*”. En consecuencia, el 28 de marzo de 2017, fue valorado por la Dra. Adriana Varón Puerta, Hepatóloga-gastroenteróloga de la Fundación Cardioinfantil, quien conceptuó que el único procedimiento clínico que se debía realizar era el trasplante de hígado. Por esta razón debe otorgarse la autorización de este.

Por las condiciones del paciente debe accederse a la tutela integral de todo lo que los médicos tratantes ordenen con ocasión de la patología que el agenciado padece: “*CIRROSIS DE HÍGADO*” y dada la gravedad, alto costo y complejidad de su patología debe ser exonerado de los copagos y cuotas moderadoras conforme a la Resolución 5521 de 2013.

Así mismo, debe avalarse los gastos de transporte del paciente y el de un acompañante de conformidad con el artículo 125 de la mencionada resolución y

¹⁴ Folios 176-189 *ibid.*

la jurisprudencia constitucional en este tema, según la cual cuando el paciente no cuenta con los recursos para sufragar los gastos de desplazamiento y, ello, es la causa que le impide recibir el servicio médico, deberá ordenarse este servicio¹⁵.

4.2. Impugnación

4.2.1. Oportunamente, el Instituto Nacional de Salud, a través del Jefe de la Oficina Jurídica, impugnó la decisión de primera instancia conforme las siguientes consideraciones¹⁶:

-El fallo proferido por el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Conocimiento de Cali desconoce la lucha que Colombia ha llevado para ser excluida como destino para turismo en trasplante y la jurisprudencia proferida por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en la que se estableció la diferenciación entre receptores nacionales o extranjeros residentes y, extranjeros no residentes cuando se trata de recibir un trasplante de órganos y tejidos, lo cual no resulta discriminatorio¹⁷.

Igualmente, el *a quo* no tuvo en cuenta la expresa prohibición legal “*de trasplantar a extranjeros no residentes en Colombia*” consagrada en el artículo 10 de la Ley 1805 de 2016.

-El señor Antonio Cañete Ramírez cuenta con visa TP-10 BB122240 y cédula de extranjería TEMPORAL No. 590280 concedida y expedida, respectivamente, desde el 25 de abril de 2016 hasta el 25 de abril de 2019.

De conformidad con el artículo 2.2.1.11.7 del Decreto 1067 de 2015 la visa temporal concedida al señor Cañete Ramírez corresponde a la TP-10 la cual se concede al extranjero que desee ingresar al país como cónyuge o compañero

¹⁵ El juzgado Séptimo Penal del Circuito de Cali en la sentencia del 14 de junio de 2017 resolvió:

“PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, del adulto mayor ANTONIO CAÑETE RAMÍREZ, conculcados por parte de SALUD TPOTAL EPS Y LA FUNDACIÓN CARDIOINFANTIL- INSTITUTO DE CARDIOLOGÍA DE BOGOTÁ D.C., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: ORDENAR a SALUD TOTAL EPS S.A., a través de la Administradora ORIANA XIMENA CARVAJAL, Y A LA FUNDACIÓN CARDIOINFANTIL-INSTITUTO DE CARDIOLOGÍA DE BOGOTÁ D.C., a través de su representante legal y o quien ejerza las funciones, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a autorizar y suministrar todo lo necesario para realizar el procedimiento denominado ‘TRASPLANTE HEPÁTICO’, ordenado por su médico tratante.

De igual forma, se ordenará autorizar y suministrar todos los gastos de traslado para el señor ANTONIO CAÑETE RAMÍREZ y su compañera permanente LASDENY OSORIO ESTRADA, la exoneración de los copagos y cuotas moderadoras, así como todos aquellos medicamentos, procedimientos, cirugías, citas especializadas e insumos que sean ordenados por sus médicos tratantes conforme a las patologías que padece ‘CIRROSIS DE HÍGADO’ garantizando el servicio de salud de manera oportuna, continua, de calidad, efectiva e integral.

TERCERO: ORDENAR a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, a través de la DRA. MARCELA GÓMEZ MARTÍNEZ, asesora del Despacho del Superintendente Nacional de Salud, y o quien ejerza las funciones, iniciar una investigación en contra de SALUD TOTAL EPS S.A., conforme a sus competencias legales, de lo cual informara a este Despacho judicial el estado que se encuentre en el término de treinta (30) días hábiles so pena de incurrir en desacato”

¹⁶ Folios 212-215 del Cuaderno Principal.

¹⁷ Sentencias Sección Primera del Consejo de Estado, radicación núm.: 11001 0324000 2006 0012100 de abril 8 de 2010 y T-1088 del 12 de diciembre de 2012 de la Corte Constitucional.

permanente de un nacional colombiano con una vigencia de tres años que determina la permanencia del extranjero en el territorio nacional.

Conforme al artículo 2.2.1.11.4. del Decreto 1743 de 2015 la cédula de extranjería cumple con los fines de identificación para los extranjeros en el territorio nacional y su uso estará acorde con la visa otorgada a los mismos.

Así las cosas, en el presente caso al tratarse de un extranjero no residente en el país le resulta aplicable la expresa prohibición señalada en el artículo 10 de la Ley 1805 de 2016.

4.2.2. Dentro del término legal concedido para el efecto, Salud Total EPS, a través de la gerente de la sucursal de Cali impugnó la decisión de primera instancia, por las siguientes razones¹⁸:

-El *a quo* desconoció aspectos estructurales y elementales de la ciudadanía colombiana al otorgar calidades que no ostenta el señor Antonio Cañete Ramírez, pues su situación migratoria se encuentra normalizada pero solo de forma temporal y no como lo entiende el operador judicial cuando señala que el agenciado cuenta “*con papeles al día como residente con cédula de extranjería No. 590280 desde el 25 de abril de 2016*”. Según lo aportado al plenario aquél es poseedor de una visa temporal (TP-10) luego, de conformidad con la ley migratoria tendrá que esperar tres años continuos e ininterrumpidos para solicitar la visa de residente. En esa medida, el mencionado señor es actualmente un extranjero no residente en Colombia.

-El Decreto 2493 de 2004 reguló la obtención, preservación, transporte, destino y disposición final de los componentes anatómicos y creó la Red de Donación de Trasplante a cargo del actual Ministerio de Salud y Protección Social y el Instituto Nacional de Salud, entidades que han proferido los lineamientos que deben seguir los integrantes de dicha red a través de varias resoluciones y circulares. Así, queda demostrada la falta de legitimad por pasiva respecto de Salud total EPS para adelantar trámite alguno relacionado con el trasplante pretendido, pues el hecho de ser el agenciado un extranjero traslada las competencias de autorización de esta clase de procedimiento a algunas de las entidades vinculadas al presente trámite frente a las cuales no se les impartió orden alguna.

-La entidad no ha vulnerado derecho fundamental alguno del señor Cañete Ramírez, en tanto que el Decreto reglamentario 2493 de 2004, norma que reglamenta los trasplantes anatómicos en Colombia, en el artículo 40 establece claramente un orden de preferencia de los colombianos y extranjeros residentes

¹⁸ Folios 216-231 del Cuaderno Principal.

frente a los no residentes, lo cual no resulta desigual, ni discriminatorio, dado que se pretende es regular la materia para evitar el comercio de estos.

El turno del señor Cañete se encuentra supeditado al hecho de que no existan en lista de espera de trasplante hepático, colombianos o extranjeros residentes.

-El fallador de primera instancia desconoció el precedente constitucional proferido sobre el tema de trasplante de órganos a extranjeros no residentes, específicamente las Sentencias T-675 y T-1088 de 2012 y T-728 de 2016.

-Sin que la EPS haya negado algún servicio de salud al agenciado, el juez tutela concede el amparo de manera integral y profiere una orden sobre situaciones futuras e inciertas. Además, omite pronunciarse sobre el recobro de los servicios al “FOSYGA” lo cual conlleva al desequilibrio financiero de la entidad.

4.2.3. La señora Lasdenny Osorio Estrada¹⁹ manifiesta que se siente “*mendigando*” por un tratamiento médico que debió suministrársele a su compañero permanente en virtud del contrato de servicios de salud que lo cobija. Pide que se tenga en cuenta la precaria calidad de vida que el lleva y que no existe otra alternativa diferente al trasplante hepático para solucionar sus problemas de salud.

4.3. Segunda instancia

El Juzgado Trece Penal del Circuito de Cali, mediante sentencia del 26 de julio de 2017 decidió revocar el fallo impugnado bajo las siguientes consideraciones²⁰:

-Atendiendo a la normatividad que diseña la política migratoria en Colombia, cualquier extranjero que ingrese al país como titular de una visa TP-10, que fue la otorgada al señor Cañete Ramírez como compañero permanente de la señora Lasdenny Osorio Estrada, podrá acceder a la visa de residente siempre y cuando se encuentre con el ánimo de permanecer en el territorio nacional y dicha visa haya tenido una vigencia mínima de tres años.

Al señor Cañete Ramírez le fue otorgada la visa TP-10 el 25 de abril de 2016, luego se infiere que no tiene la condición de extranjero residente en el país.

-En el presente caso debe advertirse que el legislador en el artículo 10 de la Ley 1805 de 2016 prohíbe expresamente la prestación del servicio de trasplante de órganos a extranjeros no residentes.

Bajo este contexto, el juez de primera instancia, no tuvo en cuenta la verdadera situación migratoria de señor Cañete, de quien se ha establecido es un extranjero no residente en nuestro país cuya pretensión es la de obtener un trasplante de hígado con ocasión de la cirrosis hepática que le fue diagnosticada.

¹⁹ Folios 246 y 247 *ibíd.*

²⁰ Folios 266-271 *ibíd.*

-La Corte Constitucional en la Sentencia T-728 de 2016 consideró que la negativa de inscripción de extranjeros no residentes en la lista de espera para la prestación del servicio médico de trasplante, no constituye vulneración alguna a sus derechos fundamentales, pues el Estado ha determinado un trato preferencial para los nacionales y las personas con residencia.

En igual sentido, la Sentencia T-1088 de 2012 indicó que este trato diferenciado es legítimo por cuanto busca garantizar los derechos fundamentales a pacientes nacionales y residentes y pretende desincentivar el turismo de órganos en el país.

No obstante, el juez de segunda instancia, teniendo en consideración las condiciones de salud del señor Cañete Ramírez y el tratamiento de alto costo que requiere, ordenó a la entidad demandada brindarle un trato preferente en sus trámites administrativos y no imponerle trabas de ningún tipo. Advirtió que los tratamientos ordenados por el galeno tratante -cubiertos por el POS y que no tengan “*prohibición legal o jurisprudencial*”- le deberán ser brindados oportunamente.

-Adicionalmente, autorizó la exoneración de copagos y cuotas moderadoras.

II. ACTUACIÓN EN SEDE DE REVISIÓN

1. La Sala Quinta de Revisión, mediante Auto del 21 de marzo de 2018 con el fin de verificar los supuestos de hecho que originaron la acción de tutela de la referencia resolvió:

“PRIMERO: SOLICITAR, por conducto de la Secretaría General de la Corte Constitucional, al Instituto Nacional de Salud, correo electrónico notificacionesjudiciales@ins.gov.co que, en el término de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación de la presente providencia, informe lo siguiente:

1) Actualmente cuál es el procedimiento para inscribir a un extranjero no residente en Colombia en la lista de espera de trasplante de órgano.

2) En qué condiciones un extranjero no residente en Colombia podría beneficiarse de un trasplante de órganos.

3) Qué sucede cuando existiendo un órgano, no existe receptor colombiano o extranjero residente compatible con el mismo.

4) Cuántas personas nacionales colombianos y extranjeros residentes se encuentran para la fecha en lista de espera para el procedimiento de trasplante de hígado.

SEGUNDO: Disponer que, una vez recaudadas las anteriores pruebas, la Secretaría General de la Corporación las ponga a disposición de las partes, por un término de tres (3) días hábiles, para que se pronuncien sobre las mismas, plazo durante el cual el expediente permanecerá en la Secretaría General.

TERCERO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 del acuerdo 02 de 2015, por medio del cual se unifica y actualiza el

Reglamento de la Corte Constitucional’, SUSPENDER los términos del presente asunto. Lo anterior, hasta que haya sido recibido y valorado debidamente el acervo probatorio allegado y máximo por el término consagrado en la misma normativa.”

1.2. El 16 de abril de 2018, la Secretaría General de esta Corporación, remitió al despacho del Magistrado Sustanciador oficio No. 2-1000-2018-001743 del 5 de abril del año en curso suscrito por la Directora General del Instituto Nacional de Salud, en el que se da contestación al proveído del 21 de marzo hogaño en estos términos:

-El tema de la prestación de servicios de trasplante a pacientes extranjeros no residentes en Colombia se reguló a través del Decreto 2493 de 2004. Específicamente el artículo 40 consagró: “[l]a 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 citada norma implicaba el cumplimiento de tres presupuestos para la prestación de servicios de trasplante de órganos o implante de tejidos a extranjeros no residentes en el territorio nacional: (i) la no existencia de receptores nacionales o extranjeros residentes en Colombia en lista regional y nacional de espera; (ii) los criterios únicos técnicos de asignación y (iii) Selección y previa suscripción de contrato de la institución con el receptor o la entidad que asumirá el costo de la atención.

El referido artículo 40 tuvo un amplio análisis jurisprudencial tanto en el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa como en la Corte Constitucional (Sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, radicación núm.: 11001 0324000 2006 0012100 de abril 8 de 2010 y T-1088 del 12 de diciembre de 2012).

-Actualmente, la Ley 1805 de 2016 mediante la cual “se modifican la Ley 73 de 1988 y la Ley 909 de 2004 en materia de donación de componentes anatómicos y se dictan otras disposiciones”, en relación con la prestación del servicio de trasplante a los extranjeros no residentes en el territorio nacional, en el artículo 10 establece lo siguiente: “[s]e 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”.

-Como se expuso, en la actualidad la Ley 1805 de 2016 prohíbe la prestación de servicios de trasplante de órganos y tejidos a extranjeros no residentes, a excepción de la salvedad consagrada en el artículo 10 para el caso de trasplante con donante vivo. Cuando se trata de tejidos es el Ministerio de Salud y de la Protección Social quien podrá autorizar de manera transitoria su realización, de acuerdo con lo definido en la mencionada norma.

-De conformidad con el artículo 7 de la Ley 1805 de 2016, los rescates de órganos y tejidos obedecerán a las necesidades nacionales de donación y trasplante. Por lo tanto, la extracción de órganos responde a las necesidades nacionales de los pacientes incluidos en las Listas de Personas en Espera de Donación (LED) a cargo del Instituto Nacional de Salud y a los criterios científicos definidos previamente en el país.

-De acuerdo con la información suministrada por las IPS con servicio de trasplante hepático en el sistema de información de la Red de Donación y Trasplante a 4 de abril de 2018 se encuentran inscritas 138 personas en lista de espera para este procedimiento, todos de nacionalidad colombiana.

1.3. La Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, a través de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, remitió a esta Corporación el 12 de abril del corriente año, oficio No.20182210212131 en el que después de hacer alusión a la competencia de dicha entidad y exponer la normatividad relacionada con el tema de las visas, permisos de ingreso y permanencia en el país y salvo conductos señaló:

-El artículo 100 Superior establece una igualdad entre los nacionales y los extranjeros respecto de los derechos civiles, pero ello no tiene un carácter absoluto.

-Si bien respecto de la prestación del servicio de salud a los extranjeros, cuando se trata de una urgencia, se tiene en consideración la necesidad de preservar la vida, ello no implica que deba imponérsele al sistema de salud por demás desfinanciado y sin los recursos suficientes que permitan una prestación superior y continua de los mismos, una carga adicional cuando el extranjero no ha realizado el mínimo esfuerzo para regularizarse y así acceder a dicho sistema.

Con relación a este tema, el Ministerio de Salud y Protección Social emitió el Concepto de fecha 14 de diciembre de 2011 en el que se señala:

“(…) se encuentra entonces que no hay una forma de cobertura especial para los extranjeros ilegales o transeúntes dentro del Sistema de Seguridad Social, razón por la cual en criterio reiterado por la Oficina Jurídica del Ministerio de Protección Social, la atención en salud que sea requerida por estas personas y prestadas por las instituciones de

salud deberá ser sufragada directamente por los mismos con recursos propios. Sin embargo, considera esta Dirección que tratándose de la atención inicial de urgencias, que en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 168 de la ley 100 de 1993; artículo 67 de la Ley 715 de 2001; parágrafo del artículo 20 de la ley 1122 de 2007 y la circular 001 del 22 de marzo de 2006 expedida por el Ministerio de la Protección Social, haya sido prestada por las instituciones públicas o privadas a ciudadanos extranjeros sin capacidad económica debidamente demostrada para sufragar el costo de la misma, su atención se asumirá como población pobre no cubierta con subsidios a la demanda con cargo a los recursos de la oferta de la respectiva entidad territorial donde tenga lugar la atención(...)”.

-Finalmente, acotó que *“consultado el sistema Platinum el señor ANTONIO CAÑETE RAMÍREZ se encuentra registrado con Pasaporte AAJ758232, nacionalidad española, registro de visa TP-10 No. ZA229208, expedida el 25-04-2016 con vigencia hasta el 25-04-2019 y número de Cédula de extranjería 590280 expedida en Cali”*.

Teniendo en cuenta lo anterior, el señor Cañete Ramírez al encontrarse legalmente en territorio colombiano y, con sus respectivos documentos de identidad como lo es la visa y la cédula de extranjería, respecto de los servicios de salud que es el tema que nos ocupa, tiene los derechos que le son reconocidos a los extranjeros conforme al artículo 100 de la Constitución Política.

2. Posteriormente, el 17 de julio de 2017 el despacho solicitó a la mencionada entidad información sobre la condición migratoria actual del señor Antonio Cañete Ramírez.

2.1. Después de reiterar la información consignada en el Sistema Platinum, ya descrita, se señaló que el señor Cañete Ramírez *“presentó una sanción administrativa en el año 2016: CALI SC2 SALVOCONDUCTO PARA TRAMITE DE VISA QUE PUEDA OBTENER EL PAIS, EXTRANJERO PRESENTA ESCRITURA PUBLICA 1503 DE NOTARIA 21 DE CALI SOBRE UNION MARITAL DE HECHO, CANCELA MULTA RES. 20167080007946 DE 21/04/2016 ART. 2.2.1.11.4.9 DCTO 1067 DE 2015”*.

Respecto del estado actual de la condición migratoria se precisó que, es ACTIVA con CE 590280 vigente hasta el 25 abril de 2019.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Sala de Revisión es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 86 y el numeral 9° del artículo 241 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

A partir de las circunstancias que dieron lugar al ejercicio de la acción de tutela y de las decisiones proferidas por los jueces de instancia, este Tribunal debe determinar si Salud Total EPS vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del señor Antonio Cañete Ramírez, ciudadano de nacionalidad española y extranjero no residente en Colombia, al suspender todos los trámites relacionados con un trasplante hepático, bajo el argumento según el cual de conformidad con la ley para la prestación de este servicio tienen prelación los nacionales y los extranjeros residentes, a pesar de que el paciente había sido remitido para evaluación de este procedimiento.

Para resolver el problema jurídico planteado, esta Corporación se ocupará de los siguientes temas: (i) los derechos de los extranjeros en Colombia. Alcance; (ii) marco legal y jurisprudencial aplicable a los extranjeros no residentes en Colombia respecto del trasplante de órganos; (iii) normatividad en materia de política migratoria en Colombia; y (iv) el examen del caso concreto.

3. Examen de procedencia de la acción de tutela

3.1. Legitimación por activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, *“Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”*, dispone que *“podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos”*.

Igualmente, señala que *“se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa”*. Cuando ello ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

La Corte Constitucional desde sus inicios, en particular, en la Sentencia T-380 de 1998, afirmó que el artículo 86 Superior se refiere al derecho que tiene toda persona de solicitar la protección de sus derechos fundamentales, sin diferenciar si es un nacional o extranjero²¹.

Lo anterior fue ratificado en la Sentencia T-269 de 2008, reiterada en la T-1088 de 2012 en las que la Corte señaló que la acción constitucional no está sujeta al vínculo político que exista con nuestro Estado, sino que se deriva del hecho de ser persona, con independencia de las condiciones de nacionalidad, o ciudadanía²².

²¹ Sentencia T-314 de 2016.

²² *Ibíd.*

En esa misma línea interpretativa, tales providencias indicaron que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10° del Decreto 2551 de 1991, cualquier persona que se sienta vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales se encuentra legitimada para presentar la solicitud de amparo, toda vez que todas las personas, tanto nacionales como extranjeros, son titulares de estos derechos²³.

Ahora bien, existen diferentes formas de configurar la legitimación por activa, dentro de las que se encuentra la presentación de la acción tutelar a través de apoderado judicial o por medio de agente oficioso.

Esta Corporación ha señalado que la posibilidad de agenciar derechos ajenos constituye un claro desarrollo de los principios constitucionales de eficacia de los derechos constitucionales, prevalencia del derecho sustancial y solidaridad social, así como una faceta del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia²⁴.

No obstante que, esta Corte ha precisado la relevancia constitucional de la agencia oficiosa, ha precisado que sólo opera en los casos en los que el titular del derecho no puede asumir su defensa. Lo anterior, dado que el afectado es quien decide de manera autónoma y libre la forma de reclamar la protección de sus derechos fundamentales.

En relación con la legitimación del agente oficioso, este Tribunal estableció que la persona que actúe como tal debe cumplir los siguientes requisitos: (i) la manifestación que indique que actúa en dicha calidad; (ii) la circunstancia real de que, en efecto, el titular del derecho no se encuentra en condiciones físicas o mentales para promover la acción constitucional, lo cual debe estar consignado expresamente en el libelo demandatorio o esto pueda deducirse del contenido del mismo y (iii) la ratificación de la voluntad del agenciado de solicitar la protección constitucional²⁵.

Para la Sala, la señora Lasdenny Osorio Estrada, quien actúa como agente oficiosa de Antonio Cañete Ramírez y así lo manifiesta en el escrito de tutela, puede acudir al amparo constitucional en favor de él dado las condiciones personales en que este se encuentra por las enfermedades que padece: cirrosis de hígado y problemas de movilidad. En consecuencia, el señor Cañete no está en condiciones para promover su propia defensa, por lo que requiere que un tercero lo haga en su nombre, en este caso su compañera permanente.

3.2. Legitimación por pasiva

De conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política y 5 del Decreto 2591 de 1991, Salud Total EPS es demandable a través de la acción constitucional,

²³ *Ibíd.*

²⁴ Sentencias T-312 de 2009 y T-094 de 2013, entre otras.

²⁵ Sentencias T-452 de 2001, T-372 de 2010 y T-968 de 2014.

pues es una empresa promotora que hace parte del sistema de salud y a quien se le atribuye la presunta vulneración de los derechos fundamentales del señor Antonio Cañete Ramírez.

En efecto, una funcionaria de dicha entidad en ejercicio de sus funciones suspendió todo lo relacionado con el trasplante hepático que requiere el señor Cañete Ramírez, bajo el argumento según el cual de conformidad con la ley este procedimiento solo se brinda a los nacionales colombianos, lo que dio lugar a la presentación de la solicitud de amparo.

3.3. Principio de inmediatez

Por su naturaleza, la acción de tutela debe ser presentada en un término razonable desde la ocurrencia del presunto hecho vulnerador, que puede consistir en la acción u omisión de una autoridad pública.

En este caso se observa que Lasdenny Osorio Estrada presentó la acción de tutela el 4 de abril de 2017, y la funcionaria de Salud Total EPS el 28 de marzo del mismo año, suspendió todo lo relacionado con el trasplante hepático que el señor Antonio Cañete Ramírez requiere. Así, transcurrieron siete días entre esta actuación y la solicitud de amparo. A juicio de esta Sala de Revisión, se trata de un término razonable que no desvirtúa el carácter urgente e inminente del amparo.

3.4. Subsidiariedad

En el artículo 86 Superior, el principio de subsidiariedad de la tutela aparece claramente expresado, al precisarse: “[e]sta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

Frente a dicho mandato, la Corte ha expresado reiteradamente que aun cuando la acción constitucional ha sido consagrada como un mecanismo de defensa judicial para la protección inmediata de los derechos fundamentales, el propio Texto Fundamental, le reconoce un carácter subsidiario y residual, lo cual implica que procede supletivamente.

Así las cosas, la acción constitucional sólo procede excepcionalmente como mecanismo de protección definitivo cuando: (i) el afectado no disponga de otro instrumento de defensa judicial y (ii) existiendo este medio, carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales; así mismo, procederá como mecanismo transitorio siempre que se promueva para evitar la consumación de un perjuicio irremediable a un derecho fundamental, caso en el cual, la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario.

Ahora bien, el señor Antonio Cañete Ramírez, ciudadano de nacionalidad española de 70 años, padece de cirrosis hepática y problemas de movilidad, enfermedades que han aminorado sus condiciones de salud al punto de requerir un

trasplante de hígado para garantizar su recuperación. En esa medida, es claro que en el caso concreto no existe un medio de defensa judicial idóneo y eficaz que le permita ejercer la defensa de sus derechos fundamentales.

4. Los derechos de los extranjeros en Colombia. Alcance

La Constitución de 1991 se refiere a los extranjeros en diversas disposiciones. Así, en el artículo 4 dispone que “[e]s deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”; el artículo 40 señala que le corresponde al legislador reglamentar en qué casos los colombianos, por nacimiento o por adopción que tengan doble nacionalidad, no podrán acceder al desempeño de funciones y cargos públicos. De igual manera, en materia de nacionalidad, el texto fundamental, en el artículo 96, establece que serán colombianos por adopción aquellos extranjeros que “soliciten y obtengan carta de naturalización, de acuerdo con la ley, la cual establecerá los casos en los cuales se pierde la nacionalidad colombiana por adopción” al igual que “[l]os Latinoamericanos y del Caribe por nacimiento domiciliados en Colombia, que con autorización del Gobierno y de acuerdo con la ley y el principio de reciprocidad, pidan ser inscritos como colombianos ante la municipalidad donde se establecieron”.

Por su parte, el artículo 100 consagra los derechos de los extranjeros, en los siguientes términos: “[l]os 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. Así mismo, 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. Los derechos políticos se reservan a los nacionales, pero la ley podrá conceder a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital”.

A su vez, en numerosas oportunidades, la Corte Constitucional se ha pronunciado en relación con los contenidos y alcances de los derechos fundamentales de los cuales son titulares los extranjeros en Colombia. A modo de ejemplo, esta Corporación señaló en la Sentencia C-834 de 2007, lo siguiente: “(i) cualquier persona, sea colombiana o extranjera, puede instaurar una acción de tutela, por cuanto “los sujetos de la protección no lo son por virtud del vínculo político que exista con el Estado colombiano sino por ser personas”²⁶; (ii) la Constitución o la ley pueden establecer limitaciones con respecto a los extranjeros para los efectos de su permanencia o residencia en el territorio nacional²⁷; (iii) la ley no puede restringir, en razón de la nacionalidad los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, dado que ellos son inherentes a la persona y tienen un carácter universal²⁸; (iv) no en todos los casos el derecho de igualdad opera de la misma

²⁶ Sentencia T- 172 de 1993.

²⁷ Sentencia T- 321 de 1996.

²⁸ Sentencia C- 385 de 2000.

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 analizar²⁹; (v) el reconocimiento de los derechos de los extranjeros no implica que en nuestro ordenamiento esté proscrita la posibilidad de desarrollar un tratamiento diferenciado en relación con los nacionales³⁰; (vi) cuando el legislador establezca un trato diferente entre el extranjero y el nacional, será preciso examinar si el objeto regulado permite realizar tales distinciones, la clase de derecho que se encuentre comprometido, el carácter objetivo y razonable de la medida, la no afectación de derechos fundamentales, la no violación de normas internacionales y las particularidades del caso concreto³¹; y (vii) el legislador no está impedido para instituir un determinado trato diferencial entre nacionales y extranjeros, si existen razones constitucionales legítimas que así lo justifiquen³².

5. Marco legal y jurisprudencial aplicable a los extranjeros no residentes en Colombia respecto del trasplante de órganos³³

-La Ley 9 de 1979³⁴ dispuso que el Ministerio de Salud deberá regular la donación o el traspaso de órganos, tejidos y líquidos³⁵ e impuso la obligación de obtener una licencia ante la autoridad sanitaria a las entidades interesadas en prestar dichos servicios³⁶.

-Posteriormente, el mencionado marco normativo fue adicionado por la Ley 73 de 1988³⁷, mediante la cual se incorporaron varias disposiciones en materia de donación y trasplante de órganos y componentes anatómicos.

Luego, el presidente de la República expidió el Decreto Reglamentario 2493 del 4 de agosto de 2004³⁸, a través del cual reguló la obtención, preservación, transporte, destino y disposición final de los componentes anatómicos y creó la Red de Donación y Trasplante³⁹.

²⁹ Sentencia C- 768 de 1998.

³⁰ Sentencia C- 1259 de 2001.

³¹ Sentencia C- 913 de 2003.

³² Sentencia C- 070 de 2004.

³³ Este acápite fue elaborado tomando como referencia las Sentencias T-1088 de 2012 y T-728 de 2016.

³⁴ “*Por la cual se dictan medidas sanitarias*”.

³⁵ Artículo 539 de la Ley 9 de 1979.

³⁶ Artículo 540 *ibidem*.

³⁷ “*Por la cual se adiciona la Ley 9 de 1979 y se dictan otras disposiciones en materia de donación y trasplante de órganos y componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos*”.

³⁸ “*Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9 de 1979 y 73 de 1988, en relación con los componentes anatómicos*”.

³⁹ Según el artículo 2 del Decreto 2493 de 2004, la Red de donación y trasplantes: es un sistema de integración de los Bancos de Tejidos y de Médula Ósea, Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud habilitadas con programas de trasplante o implante, Instituto Nacional de Salud, Direcciones Departamentales y Distritales de Salud y demás actores del sistema para la coordinación de actividades relacionados con la promoción, donación, extracción, trasplante e implante de órganos y tejidos con el objeto de hacerlos accesibles en condiciones de calidad, en forma

La coordinación de la Red de Donación y Trasplantes cuenta con dos niveles: uno nacional y, otro regional, a cargo del Instituto Nacional de Salud y de las Direcciones Departamentales o Distritales de Salud⁴⁰, respectivamente. Los Bancos de Tejidos y Médula Ósea y las IPS habilitadas con programas de trasplante de órganos⁴¹ también hacen parte de este sistema.

Entre las funciones del Instituto Nacional de Salud y de las Direcciones Departamentales o Distritales de Salud se encuentra la de determinar la asignación de componentes anatómicos cuando ésta no ha sido posible en el nivel regional o en las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud con programas de trasplante⁴². Dicha distribución deberá garantizar la equidad, por lo que debe impedirse la discriminación por razones de origen familiar, estrato socioeconómico, sexo, raza, lengua, religión, opinión política o filosófica⁴³.

Por su parte, el Ministerio de Salud y Protección Social, antes de la Protección Social⁴⁴ y el Instituto Nacional de Salud⁴⁵, han emitido diferentes resoluciones y circulares por medio de las cuales se han establecido los lineamientos que deben observar los integrantes de la mencionada red.

El procedimiento para la asignación de los componentes anatómicos comienza en la IPS habilitada en la que se encuentra el donante⁴⁶; una vez es rescatado el componente anatómico, será ésta quien de conformidad con la lista de espera⁴⁷ y los criterios técnico-científicos⁴⁸ establecidos, determine si puede usarlo en uno de sus receptores⁴⁹. Si ello no es posible, deberá informar a la Dirección Regional de Salud, para que ésta defina si dentro de su territorio existe alguna otra IPS habilitada que pueda utilizarlo. De no ser así, deberá comunicar a la coordinación nacional de la red para que esta proceda a la asignación en cualquier otra Dirección Regional que así lo requiera⁵⁰. Ahora bien, si en una IPS que no tiene habilitado

oportuna y suficiente a la población siguiendo los principios de cooperación, eficacia, eficiencia, equidad y solidaridad.

⁴⁰ Los artículos 5 y 6 del Decreto 2493 de 2004 establecen las funciones del Instituto Nacional De Salud, así como de las Direcciones Regionales de Salud.

⁴¹ El artículo 2 del Decreto 2493 de 2004 señala que el programa de trasplante es el conjunto de procesos y procedimientos que se realizan por la IPS con el propósito de obtener, preservar, disponer y trasplantar componentes anatómicos.

⁴² Artículos 4 y 7 del Decreto 2493 de 2004.

⁴³ Artículo 25 *ibídem*.

⁴⁴ Resolución No.3199 de 1998, Resolución No.3200 de 1998, Resolución No.2640 de 2005, Resolución No.5108 de 2005, Resolución No. 214 de 2005, Resolución No.1043 de 2006, Resolución No. 2279 de 2008, Resolución No. 3272 de 2011, entre otras.

⁴⁵ Circular Externa No. 20963 de 2011, Circular Externa No. 20971 de 2011, Circular Externa No.063 de 2012, Circular Externa No.068 de 2012.

⁴⁶ Según el artículo 2 del Decreto 2493 de 2004, donante: es la persona a la que durante su vida o después de su muerte, por su expresa voluntad o por la de sus deudos, se le extraen componentes anatómicos con el fin de utilizarlos para trasplante o implante en otra persona, con objetivos terapéuticos.

⁴⁷ Conforme al artículo 2 del Decreto 2493 de 2004, la lista de espera: es la relación de receptores potenciales, en otros términos, de pacientes que se encuentran pendientes por ser trasplantados o implantados a quienes se les ha efectuado el protocolo pertinente para el trasplante o implante.

⁴⁸ La asignación de los componentes anatómicos se realiza de acuerdo a estrictos criterios técnico-científicos que permiten establecer, entre otras cosas, la gravedad del estado de salud del receptor, así como la compatibilidad de este con el donador, por lo cual, el orden en el que se acceda a la lista de espera no es el único ítem a examinar.

⁴⁹ De conformidad con el artículo 2 *ibídem*, receptor es la persona en cuyo cuerpo se trasplantan o implantan componentes anatómicos.

⁵⁰ "Artículo 25. [Reglamentado por el Min. Protección, Resolución 2640 de 2005](#). De la distribución. Los

el programa de trasplantes se encuentra el donante, ésta deberá notificar a la Dirección Regional respectiva de la existencia del mencionado componente con el fin de que sea asignado a otra institución habilitada para este tipo de procedimientos.

Respecto de la prestación del servicio de trasplante de componentes anatómicos a extranjeros no residentes en Colombia, el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004 establece que *“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”*.

Cabe destacar que en la misma disposición se señaló que *“[l]a 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”*.

En sentencia del 8 de abril de 2010, el Consejo de Estado estudió una demanda de nulidad interpuesta contra diferentes disposiciones del citado decreto. Se alegó, entre otras, que el supuesto regulado en el artículo 40 resultaba discriminatorio al consagrar frente al procedimiento de trasplante de órganos un trato preferente para los nacionales y extranjeros residentes en el territorio nacional respecto de los extranjeros no residentes.

En la mencionada providencia, el máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, consideró que el artículo no era discriminatorio, en la medida en que permite a los extranjeros no residentes en Colombia, acceder al servicio de trasplantes sometiéndose a una lista de espera y a un orden prevalente.

En dicha providencia, frente al particular se dijo:

componentes anatómicos serán distribuidos en el territorio nacional de manera tal que se garantice la equidad en la asignación de los componentes anatómicos sin discriminación alguna, por razones de origen familiar, estrato socioeconómico, sexo, raza, lengua, religión, opinión política o filosófica, teniendo en cuenta los siguientes parámetros:

- 1. Las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud que tengan habilitados programas de trasplantes determinarán, de acuerdo con los criterios técnicos científicos de asignación y con su lista de receptores si puede utilizar el componente anatómico para trasplante o implante en la respectiva institución.*
- 2. De no ser posible lo establecido en el numeral anterior, la Institución Prestadora de Servicios de Salud informará a la Coordinación Regional sobre el rescate del componente anatómico para que determine su utilización en esa regional.*
- 3. Si en las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, IPS, habilitadas con programas de trasplantes de la regional no hay receptor de acuerdo con los criterios técnicos científicos de asignación establecidos por el Ministerio de la Protección Social, la coordinación regional informará a la coordinación nacional para que esta proceda a la asignación en cualquiera de las otras regionales.*
- 4. Los Bancos de Tejidos o de Médula Osea suministrarán el tejido o la médula ósea de acuerdo con su lista de receptores”*.

“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.
(...)”.*

Por su parte, esta Corte, en sede de control concreto, se ha ocupado de varios asuntos en los que se ha tratado el tema de trasplante de órganos a ciudadanos extranjeros no residentes.

En una primera oportunidad, esta Corporación en la Sentencia T-675 de 2012⁵¹, respecto del artículo 40 del Decreto 2493 de 2004 que establece un trato preferente para los nacionales y extranjeros residentes frente a los extranjeros no residentes en el territorio nacional en lo concerniente al trasplante de órganos consideró que esta disposición *“(...)resulta ser concreta al especificar que aplica para los extranjeros no residentes y a los que deseen realizarse un trasplante de órganos; expresa por cuanto está enunciada de manera clara en la norma; mínima al no negar de manera absoluta la prestación del servicio, sino que depende de que no estén en lista nacionales o extranjeros residentes; y por último indispensable, pues*

⁵¹ En este pronunciamiento se estudió el caso de una ciudadana israelí a quien el Instituto Nacional de Salud le negó la inclusión en la lista de pacientes candidatos a trasplantes de corazón al considerar que (i) el país encargado de prestarle este tipo de procedimientos es su país de origen; (ii) se trataba de un caso de turismo de órganos toda vez que la paciente se encontraba en Colombia con el único propósito de realizarse un trasplante y, (iii) no se cumplía con algunos de los requisitos establecidos en el Decreto 2493 de 2004 y en la Circular 20963 de 2011. La Corte resolvió declarar la carencia actual de objeto, por cuanto la pretensión ya había sido satisfecha, al comprobar conforme con las pruebas allegadas en sede de revisión que previa autorización de la entidad demandada por razones humanitarias y la autorización del órgano por parte de la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia al no haber receptor colombiano compatible, se había efectuado el procedimiento solicitado por la vía de amparo.

busca darle una prioridad a los nacionales y a los extranjeros que están radicados en el país, sobre aquellos que extranjeros que están en el país con el único propósito de obtener un beneficio personal”.

Posteriormente, en la Sentencia T-1088 de 2012, este Tribunal consideró que el trato preferencial consagrado en el artículo 40 para los nacionales y extranjeros residentes frente a los extranjeros no residentes en el territorio nacional es justificado, en la medida en que, sólo los primeros están obligados a cumplir con los deberes que les imponen la Constitución y las leyes y que, por lo tanto, la prestación del servicio a los segundos sólo podría ocurrir en el marco de una situación imprevisible, pues a quien le corresponde, en principio, garantizar esa prestación es al Estado del cual es súbdito el extranjero⁵².

En esa oportunidad, este Tribunal manifestó, entre otras cosas, lo siguiente:

“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 1991⁵³ 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

⁵² En este pronunciamiento se estudió el caso de una ciudadana israelí a quien el Instituto Nacional de Salud le negó la inclusión en la lista de pacientes candidatos a trasplantes de corazón al considerar que (i) el país encargado de prestarle este tipo de procedimientos es su país de origen; (ii) se trataba de un caso de turismo de órganos toda vez que la paciente se encontraba en Colombia con el único propósito de realizarse un trasplante y, (iii) no se cumplía con algunos de los requisitos establecidos en el Decreto 2493 de 2004 y en la Circular 20963 de 2011. La Corte resolvió declarar la carencia actual de objeto, por cuanto la pretensión ya había sido satisfecha, al comprobar conforme con las pruebas allegadas en sede de revisión que previa autorización de la entidad demandada por razones humanitarias y la autorización del órgano por parte de la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia al no haber receptor colombiano compatible, se había efectuado el procedimiento solicitado por la vía de amparo.

⁵³ “ARTÍCULO 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; 2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas; 3. Respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales. 4. Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica; 5. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país; 6. Propender al logro y mantenimiento de la paz; 7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia; 8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano; 9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad.”

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.”

Adicionalmente, destacó que el tratamiento diferenciado consagrado en la referida normatividad es legítimo, toda vez 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.

Recientemente, la Corte en la sentencia T-728 de 2016⁵⁴ acogió el precedente esgrimido en la sentencia T-1088 de 2012 en la cual, como quedó expuesto, este Tribunal consideró que el artículo mencionado no vulnera el derecho a la igualdad de los extranjeros en Colombia, pues el trato diferenciado allí consignado se encuentra justificado y constituye una restricción válida, en atención a las características del servicio solicitado y del bien objeto de este.

Esta Corporación en el último pronunciamiento aclaró que *“el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004, en vez de restringir de manera absoluta la prestación del servicio de trasplante anatómico a los extranjeros no residentes, lo que hace es establecer un orden de preferencia, que se traduce en que ante la existencia de un órgano o tejido que no pueda ser asignado a un nacional o extranjero residente inscrito en alguna de las listas (regional o nacional), de conformidad con los estrictos criterios técnico-científicos que rigen su asignación, podrá beneficiar al extranjero no residente que así lo requiera y que cumpla con el procedimiento establecido en las circulares dictadas por el Instituto Nacional de Salud respecto de los lineamientos que deberán seguirse en estos casos.”*

-De manera paralela con el Decreto 2493 de 2004, el legislador profirió la Ley 919 de 2004⁵⁵, la cual prohibió la comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplante y tipificó como conducta punible su tráfico.

-Por último, las leyes 73 de 1988 y 909 de 2004 fueron modificadas por la Ley 1805 de 2016⁵⁶. El artículo 10 de la citada normatividad en relación con la prestación del servicio de trasplante a los extranjeros no residentes en el territorio nacional señaló: *“[s]e 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.”*

⁵⁴ En esa ocasión la Corte estudió el caso de un ciudadano de nacionalidad hondureña a quien el Instituto Nacional de Salud, la EPS Cafesalud y la Fundación Cardioinfantil le negaron la inclusión en la lista de espera de trasplante de hígado por tratarse de un extranjero no residente en Colombia con fundamento en el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004.

⁵⁵ *“Por medio de la cual se prohíbe la comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplante y se tipifica como delito su tráfico”*

⁵⁶ *“Por medio de la cual se modifican la Ley 73 de 1988 y la Ley 919 de 2004 en materia de donación de componentes anatómicos y se dictan otras disposiciones”.*

Así mismo, dispuso que 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”*.

-En relación con Circulares emitidas frente a este tema, el Instituto Nacional de Salud profirió la Circular No. 20963 de 2011, mediante la cual estableció los lineamientos para la prestación de servicios de trasplante a extranjeros no residentes en Colombia, así como el procedimiento que éstos deben seguir para solicitar el respectivo servicio⁵⁷.

Luego, el Instituto Nacional de Salud emitió la Circular No.0041 de 2013 en la que se consignaron nuevos lineamientos respecto de la prestación del servicio de trasplante de componentes anatómicos a los extranjeros no residentes en Colombia⁵⁸.

-Recientemente, el Ministerio de Salud y Protección Social profirió la Circular 000007 de 2017, la cual señaló frente a la autorización del servicio de trasplante a extranjeros no residentes, que la prohibición contemplada en el artículo 10 de la Ley 1085 de 2016 puede ser levantada en el evento *“en que se compruebe debidamente que los tejidos disponibles son suficientes para cubrir la demanda interna”* y el ministerio lo autorice. Así, aclaró que la prestación de servicios de trasplante autólogo a extranjeros, o trasplante a extranjeros cuando exista vínculo de afinidad o consanguinidad acreditada con el donante al que hace referencia el inciso primero del mencionado artículo, si bien no requiere autorización, toda vez que no ponen en riesgo la suficiencia de componentes anatómicos para cubrir la demanda interna, deberá ser informada oportunamente al Instituto Nacional de Salud para lo de su competencia.

De otra parte, dispuso que cuando se trate de trasplante a tejidos a extranjeros no residentes en el territorio nacional, la prestación del servicio estará sujeta a la

⁵⁷ En la Sentencia T-728 de 2016 se señaló el procedimiento que deben seguir los extranjeros no residentes para solicitar la prestación de servicios de trasplante en estos términos: *“[s]e deberá presentar una solicitud al Instituto Nacional de Salud en idioma español, en la que se registre: 1) Fecha de solicitud, 2) Nombre Completo, 3) Tipo y Número de Documento de Identidad del país de origen, 4) Número de pasaporte con fecha de expedición y tiempo de vigencia, 5) Dependiendo del país de origen Visa de Salud y tiempo de vigencia y/o nota de ingreso al país certificada por el DAS en la que conste que su ingreso es para tratamiento médico relacionado con trasplante, 6) Tipo de trasplante que solicita, 7) Grupo sanguíneo, 8) Resumen de la historia clínica de la atención médica en su país y remisión para trasplante en Colombia por parte de su médico tratante, 9) Copia de la solicitud del trasplante a las autoridades sanitarias del país de origen y copia del concepto o respuesta de dicha autoridad, 10) Visto bueno para la solicitud de un trasplante en Colombia por parte de la entidad que haga las veces de Organización Nacional de Trasplantes del país de origen, 11) Documento que acredite la entidad que realizará el pago del trasplante solicitado, 12) Declaración del paciente en la cual afirme que su solicitud para trasplante en Colombia no está ligada al turismo de trasplantes como tampoco al tráfico de órganos y que no existe intermediación para la solicitud y trámite de su trasplante en el país, 13) En concordancia con lo establecido en el parágrafo 10 del artículo 32 de la ley 1438 del 19 de enero de 2011 presentara el seguro médico o Plan Voluntario de Salud que garantice su atención en trasplantes en el país. Una vez revisada la solicitud, el Instituto Nacional de Salud, deberá pronunciarse de conformidad con el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004”*

⁵⁸ La Corte Constitucional en la Sentencia T-1088 de 2012 ordenó al Instituto Nacional de Salud emitir una circular en la que se consignaran nuevos lineamientos respecto de la prestación del servicio de trasplante de componentes anatómicos a los extranjeros no residentes en Colombia.

disponibilidad de suficiencia de éstos para el cubrimiento de la demanda nacional, siendo necesario la obtención de la autorización de que trata el inciso segundo del artículo 10 *ibídem*.

Con todo, para efectos de prevenir y castigar el llamado “*turismo de órganos*”, la regulación de la prestación del servicio de trasplante de componentes anatómicos a extranjeros no residentes en el país, ha estado tradicionalmente restringida, estableciendo un trato diferente entre los nacionales y extranjeros residentes respecto de aquellos, quienes sólo pueden acceder a la lista cuando no existe demanda de dicho órgano o tejido dentro del territorio colombiano⁵⁹.

6. Normatividad en materia de política migratoria en Colombia

El numeral 2 del artículo 189 de la Constitución establece que le corresponde al Presidente de la República dirigir las relaciones internacionales y, como consecuencia de este mandato, establecer la política migratoria dentro del territorio nacional. En este contexto, en Colombia han existido diferentes normas que regulan lo concerniente al ingreso y permanencia de extranjeros al territorio nacional.

Según el artículo 21 del Decreto 4000 de 2004 existían 7 clases de visa a saber: temporal, negocios; tripulante, residente, visitante y cortesía.

Posteriormente, el Gobierno Nacional profirió los Decretos 834 de 2013 y 132 de 2014, mediante los cuales derogó el Decreto 4000 del 2004 y estableció algunas disposiciones en el tema migratorio y modificó la tipología de visas. El artículo 5 de la primera normatividad clasificó las visas en tres: negocios (NE); temporal (TP)⁶⁰ y residente (RE).

Luego, en virtud de que Colombia obtuvo la condición de Estado Asociado del MERCOSUR, el Ministerio de Relaciones Exteriores dictó el Decreto 941 de 2014, en el que se incorporó al ordenamiento migratorio interno la Visa Temporal TP-15 la cual se otorga a los extranjeros de los Estados Partes de MERCOSUR y sus asociados, que vayan a ingresar o hubieran ingresado al territorio nacional con la finalidad de solicitar su residencia en el territorio colombiano.

⁵⁹ T-728 de 2016.

⁶⁰ Los artículos 5 y 7 del Decreto 834 de 2013 señalan:

“Artículo 5°. Clasificación. Establézcase la siguiente clasificación de las visas:

CLASES	
NEGOCIOS	NE
TEMPORAL	TP
RESIDENTE	RE

(...)

Artículo 7°. Visa Temporal TP. La Visa Temporal se otorgará al extranjero que desee ingresar al país sin el ánimo de establecerse en él. El Ministerio de Relaciones Exteriores podrá expedir Visa TP en los siguientes casos:

(...)

TP-10. Al extranjero que desee ingresar al territorio nacional como cónyuge o compañero(a) permanente de nacional colombiano. En el presente caso la vigencia de la visa será de tres (3) años.

La permanencia del extranjero titular de esta visa será del total de su vigencia.”

Después, el Gobierno Nacional emitió el Decreto 1067 de 2015, mediante el cual se expidió el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores. No obstante, fueron derogados los decretos anteriormente mencionados, se mantuvieron las mismas disposiciones sobre clasificación de las visas.

De manera posterior, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 1743 de 2015 *“Por medio del cual se modifican parcialmente las disposiciones generales de las Oficinas Consulares Honorarias, Pasaportes, Visas, de la Protección y Promoción de Nacionales en el exterior, del Retorno, del Fondo Especial para las Migraciones, de la Tarjeta de Registro Consular y disposiciones de Extranjería, Control y Verificación Migratoria, de que tratan los Capítulos III al XI, y 13, del Título I de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto número 1067 de 2015”*.

En el artículo 2.2.1.11.1.1. del citado decreto se definió el concepto de visa como la autorización que concede el Ministerio de Relaciones Exteriores a un extranjero para su ingreso y permanencia en el territorio nacional.

Adicionalmente, derogó las disposiciones sobre visas consagradas en la normatividad anterior y dispuso en el artículo 2.2.1.11.1.4, que los temas concernientes a la clasificación de las visas, sus requisitos y demás trámites y procedimientos que tienen que ver con esta materia, serían reglamentados mediante resolución.

Así, el citado ministerio emitió la Resolución 532 de 2015, derogada por la Resolución 5512 de la misma anualidad. Por medio de esta última el Gobierno estableció en los artículos 3, 4 y 5 la clasificación y los requisitos para cada una de las visas existentes: de negocios (NE), temporal (TP)⁶¹ y visa de residente (TP).

Por último, mediante la Resolución No. 6045 de 2017, *“Por la cual se dictan disposiciones en materia de visas y deroga la Resolución 5512 del 4 de septiembre de 2015”*, el mencionado ministerio en el artículo 7 modificó la clasificación de las visas en Colombia: de visitante o visa tipo “V”, de migrante o visa tipo “M” y de residente o visa tipo “R”.

En los artículos 10 a 25 de la referida resolución se señalaron los requisitos de cada una de las visas.

⁶¹ *“ARTÍCULO 4o. DE LA VISA TEMPORAL (TP). El Ministerio de Relaciones Exteriores podrá expedir Visa TP en los siguientes casos:*

(...)

TP-10. Al extranjero que desee ingresar al territorio nacional como cónyuge o compañero(a) permanente de nacionalidad colombiano.

El extranjero titular de la visa TP-10 quedará autorizado con esta visa a ejercer cualquier ocupación legal en el país, incluidas aquellas que se desarrollen en virtud de una vinculación o contrato laboral, la vigencia de la visa será de tres (3) años.

La permanencia del extranjero titular de esta visa será del total de su vigencia.

(...)”

Así las cosas, un extranjero que quiera ingresar a Colombia o que ya se encuentre dentro del territorio y que este casado o sea compañero permanente de un nacional, podrá obtener una visa que le permitirá permanecer en Colombia legalmente en condición de extranjero no residente. Si pretende obtener la residencia, deberá esperar que transcurra un lapso de tiempo para solicitar una nueva visa que le permita acceder a la categoría de extranjero residente en el territorio colombiano.

7. Caso concreto

Lasdenny Osorio Estrada obrando como agente oficiosa de Antonio Cañete Ramírez, ciudadano de nacionalidad española y extranjero no residente en Colombia, presentó acción de tutela en contra de Salud Total EPS por considerar que dicha entidad violó los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del señor Antonio Cañete Ramírez, al suspender todos los trámites relacionados con un trasplante hepático, bajo el argumento según el cual de conformidad con la ley para la prestación de este servicio tienen prelación los nacionales y los extranjeros residentes, a pesar de que el paciente había sido remitido para evaluación de este procedimiento.

La entidad accionada sostiene que no ha vulnerado ningún derecho fundamental porque al ser el paciente, un extranjero no residente, a través de la acción constitucional no es posible acceder a lo pretendido porque ello contrariaría el artículo 10 de la Ley 1805 de 2016 que prohíbe expresamente el trasplante en estos casos y se desconocería la jurisprudencia constitucional, específicamente, la Sentencia T-728 de 2016 y el fallo proferido por el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa dentro de un proceso de nulidad que analizó varios artículos del Decreto 2493 de 2004, por el cual se regula la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos de trasplante.

La Sala Quinta de Revisión logró corroborar conforme a la información allegada por Migración Colombia, en sede de revisión, que el señor Antonio Cañete Ramírez presentó una sanción administrativa en el año 2016 con ocasión de su permanencia irregular en el territorio colombiano y que posteriormente, obtuvo la calidad de extranjero no residente en Colombia al hacerse acreedor de una visa TP-10, la cual le fue otorgada el 25 de abril de 2016 con vigencia de 3 años, esto es, hasta el 25 de abril de 2019, luego de verificar que es compañero permanente de una nacional colombiana. Se advierte, Según lo expuesto en el respectivo acápite de esta providencia relacionado con la normatividad en materia de política migratoria en Colombia, que el señor Cañete Ramírez podrá solicitar la visa de residente en el año 2019.

A juicio de la Sala, Salud Total EPS no vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del señor Antonio Cañete Ramírez ciudadano de nacionalidad española y extranjero no residente en Colombia, al suspender todos los trámites relacionados con un trasplante hepático, bajo el argumento según el cual de conformidad con la ley para la prestación de este servicio tienen prelación

los nacionales y los extranjeros residentes, a pesar de que el paciente había sido remitido para evaluación de este procedimiento.

Se llega a dicha conclusión, teniendo en cuenta que la entidad demandada, como quedó expuesto, tomó esta determinación con fundamento en la jurisprudencia constitucional relacionada con el procedimiento de trasplantes de órganos a extranjeros no residentes conforme a lo dispuesto en el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004, específicamente, las Sentencias T-675 y T-1088, ambas de 2012 y T-728 de 2016 y el artículo 10 de la Ley 1085 de 2016.

En la Sentencia T-675 de 2012 este Tribunal en relación con el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004 que establece un trato preferente para los nacionales y extranjeros residentes frente a los extranjeros no residentes en el territorio nacional en lo concerniente al trasplante de órganos consideró que esta disposición “(...)resulta ser concreta al especificar que aplica para los extranjeros no residentes y a los que deseen realizarse un trasplante de órganos; expresa por cuanto está enunciada de manera clara en la norma; mínima al no negar de manera absoluta la prestación del servicio, sino que depende de que no estén en lista nacionales o extranjeros residentes; y por último indispensable, pues busca darle una prioridad a los nacionales y a los extranjeros que están radicados en el país, sobre aquellos que extranjeros que están en el país con el único propósito de obtener un beneficio personal”.

Posteriormente, esta Corte en la Sentencia T-1088 de 2012 advirtió que la citada norma no vulnera el derecho a la igualdad de los extranjeros en Colombia, pues el trato diferenciado allí consignado se encuentra justificado y constituye una restricción válida, en atención a las características del servicio solicitado y del bien objeto del mismo.

Recientemente, este Tribunal en Sentencia T-728 de 2016 aclaró que esta disposición, “en vez de restringir de manera absoluta la prestación del servicio de trasplante anatómico a los extranjeros no residentes, lo que hace es establecer un orden de preferencia, que se traduce en que ante la existencia de un órgano o tejido que no pueda ser asignado a un nacional o extranjero residente inscrito en alguna de las listas (regional o nacional), de conformidad con los estrictos criterios técnico-científicos que rigen su asignación, podrá beneficiar al extranjero no residente que así lo requiera y que cumpla con el procedimiento establecido en las circulares dictadas por el Instituto Nacional de Salud respecto de los lineamientos que deberán seguirse en estos casos”.

Ahora bien, resulta de vital importancia destacar que el legislador en la Ley 1805 de 2016 mantuvo la posibilidad de autorizar los trasplantes a extranjeros no residentes cuando se compruebe que los tejidos disponibles son suficientes para cubrir la demanda interna⁶². Ello, tiene explicación, pues ante la necesidad de garantizar la satisfacción de las necesidades de quienes necesitan un trasplante y

⁶² El segundo inciso del artículo 10 de la Ley 1085 de 2016, señala: “[e]l 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.”

dada la imposibilidad de atender en forma inmediata un requerimiento de esta índole por el bajo índice de donaciones en nuestro país que repercute en una escasez de órganos disponibles⁶³, implica acudir a un sistema que finalmente permita a todas las personas acceder a esta modalidad de servicios de salud.

Recientemente, el Ministerio de Salud y Protección Social profirió la Circular 000007 de 2017, la cual señaló frente a la autorización del servicio de trasplante a extranjeros no residentes, que la prohibición contemplada en el artículo 10 de la Ley 1085 de 2016 puede ser levantada en el evento *“en que se compruebe debidamente que los tejidos disponibles son suficientes para cubrir la demanda interna”* y el ministerio lo autorice. Asimismo, aclaró que la prestación de servicios de trasplante autólogo a extranjeros, o trasplante a extranjeros cuando exista vínculo de afinidad o consanguinidad acreditada con el donante al que hace referencia el inciso primero del mencionado artículo⁶⁴, si bien no requiere autorización, toda vez que no ponen en riesgo la suficiencia de componentes anatómicos para cubrir la demanda interna, deberá ser informada oportunamente al Instituto Nacional de Salud para lo de su competencia.

Bajo este contexto, para la Sala la determinación de Salud Total EPS de suspender todos los trámites relacionados con el trasplante hepático solicitado, a pesar de que el paciente había sido remitido para evaluación de este procedimiento, tiene sustento en que no se acreditan los presupuestos para realizar éste, de conformidad con el artículo 10 de la Ley 1805 de 2016 y la Circular 000007 de 2017 proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social, pues se encuentran en la lista de espera para este procedimiento un sinnúmero de colombianos inscritos. Para el 8 de abril de 2018 según información allegada en sede de revisión por parte del Instituto Nacional de Salud estaban registrados 138.

Por consiguiente, la Sala de Revisión confirmará el fallo proferido el 26 de julio de 2017 por el Juzgado Trece Penal del Circuito de Cali, el cual revocó, a su vez, el dictado por el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Conocimiento de Cali, el 14 de junio de 2017, en el trámite del proceso de tutela promovido por Lasdenny Osorio Estrada, como agente oficiosa de Antonio Cañete Ramírez, en contra Salud Total EPS.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

⁶³ Exposición de motivos del proyecto de la ley 091 de 2014-Cámara y 093 de 2015-Senado, Gaceta 489 de 2014.

⁶⁴ El inciso primero del artículo 10 de la Ley 1805 de 2016 consagra: *“[s]e 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.”*

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia del 26 de julio de 2017 proferida por el Juzgado Trece Penal del Circuito de Cali, la cual revocó, a su vez, la dictada por el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Conocimiento de Cali, el 14 de junio de 2017, en el trámite del proceso de tutela promovido por Lasdenny Osorio Estrada, como agente oficiosa de Antonio Cañete Ramírez, en contra Salud Total EPS.

SEGUNDO.- REMITIR copia de esta sentencia al Ministerio de Salud y Protección Social, al Instituto Nacional de Salud y a la Fundación Cardioinfantil.

TERCERO.- Por Secretaría General, **LIBRENSE** las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General