

Bogotá D.C. julio 27 de 2023

Honorable magistrada:

**Natalia Ángel Cabo**

Corte Constitucional

E. S. D.

**ASUNTO:** concepto técnico sobre la vulneración de los derechos fundamentales a la salud y la vida de un adolescente que requiere un trasplante de hígado, por la negativa de las accionadas de permitir su ingreso a la lista de personas en espera de donación, bajo el argumento de que no es titular de una visa de residente.

**REFERENCIA:** acción de tutela, radicado T-9.278.438

**ACCIONANTE:** MASG EN REPRESENTACIÓN DE SU HIJO JMCS

**ACCIONADOS:** MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD y EPS CAPITAL SALUD

María Fernanda Escobar, Camila Becerra Sandoval y Julián David Vidal Quintero, del Instituto Internacional sobre Raza, Igualdad y Derechos Humanos, identificados como aparece al pie del presente documento, presentamos el siguiente *amicus curiae* para conceptuar en el proceso de tutela de la referencia. Para lo anterior, en este documento ilustramos que se debe permitir que JMCS, un adolescente venezolano titular de un Permiso por Protección Temporal, acceda a la lista de personas en espera de donación (LED), no solo porque cumple con los requisitos para ello, sino también porque su país de origen no le puede garantizar el acceso material al trasplante de hígado que requiere; de manera subsidiaria, exponemos por qué, en caso de considerarse que no se acreditan a cabalidad los requisitos para acceder a la LED, resulta procedente una inaplicación, por excepción de inconstitucionalidad, del artículo 10 de la ley 1805 de 2016, el cual contempla la prohibición general de donar componentes anatómicos a extranjeros no residentes.

Para analizar el caso concreto planteamos tres argumentos. **Primero**, la *prohibición general de donar componentes anatómicos a extranjeros no residentes es, en abstracto, constitucionalmente válida*; sin embargo, esto no se traduce en que, en casos concretos, se impida garantizar un trato diferenciado en la interpretación y aplicación de dicha prohibición. **Segundo**, al aplicar un enfoque diferencial de niñez y, puntualmente, migratorio, *se satisface el requisito de residencia para acceder al trasplante*, ya que los requisitos para considerar a un extranjero como residente no se limitan a la interpretación restrictiva establecida por el Ministerio de Relaciones Exteriores (MRE). **Tercero**, consideramos que *la Corte Constitucional está facultada para ordenar la inclusión de JMCS en la lista de personas en espera de donación (LED) sin que esto transgreda la norma de salud pública (artículo 10, Ley 1805/16)*, lo cual implica una decisión con efecto *inter partes*, vía excepción de inconstitucionalidad, que de ninguna manera implicará apartarse de la línea jurisprudencial que supone que, como regla general, no existe vulneración de derechos fundamentales de los extranjeros no residentes al negarse su inscripción en LED para acceder a un trasplante de componentes anatómicos.

Con el fin de explicar con mayor detalle nuestros argumentos, este documento se divide en tres secciones:

## **1. LA PROHIBICIÓN GENERAL DE DONAR COMPONENTES ANATÓMICOS A EXTRANJEROS NO RESIDENTES ES, EN ABSTRACTO, CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDA**

### **1.1. La línea jurisprudencial es consistente en prohibir la donación de componente anatómicos a extranjeros no residentes**

La discusión frente a la constitucionalidad de la prohibición general de donación de componentes anatómicos a extranjeros no residentes está zanjada. La línea jurisprudencial ha sido consistente, a excepción de la Sentencia T-269 de 2008, en establecer que, por regla general, no existe vulneración del derecho fundamental a la igualdad, a la salud y a la vida digna de extranjeros no residentes al aplicar

la prohibición referida. La única sentencia<sup>1</sup> que se apartó de la postura mayoritaria permitió que una mujer ecuatoriana accediera a un trasplante de hígado bajo el argumento de que existía riesgo de muerte inminente, se trataba de una mujer de 63 años y su exclusión de la LED constituía un trato discriminatorio; esta postura fue redefinida con la Sentencia T-675 de 2012 y subsiguientes.

La razón de ser de la prohibición en abstracto está fundamentada en que hay colombianos y extranjeros residentes inscritos en LED, quienes contribuyen al sistema de seguridad social, a diferencia de los no residentes, situación que justifica la diferenciación para acceder a servicios de salud con componentes anatómicos considerados como “recursos escasos”. Adicionalmente, la prohibición responde a la necesidad de proscribir retribuciones por los trasplantes y prevenir el delito de tráfico de órganos, tejidos o componentes anatómicos<sup>2</sup>.

Ahora bien, pese a que la diferenciación entre nacionales y residentes y extranjeros no residentes en el acceso a trasplantes es constitucional, en el caso concreto no concurren los elementos que pretende proscribir el ordenamiento jurídico. Primero, se trata de un adolescente vinculado vía régimen subsidiado al SGSSS, el cual está dirigido a la población que reside en el país y que adquiere un vínculo jurídico con el Estado para un acceso efectivo y continuo al derecho a la salud. Segundo, JMCS estaba en el país mucho antes de que se determinara que requiere un trasplante, lo cual desvirtúa cualquier argumento relacionado con el turismo de trasplante. Tercero, es importante tener en cuenta la situación país de origen para permitir el acceso al trasplante, ya que el sistema de trasplantes en Venezuela está suspendido, hay escasez de inmunosupresores y, en todo caso, resulta inadmisibles imponer que JMCS regrese al país que abandonó precisamente porque el sistema de salud no pudo garantizar una atención médica suficiente y adecuada. Sobre este último punto, es importante profundizar.

## 1.2. De las razones para ingresar a Colombia y la situación país de origen

Como expresó la madre de JMCS, ellos ingresaron a Colombia el 20 de diciembre de 2020, mucho antes de que la Fundación Cardio Infantil y la Fundación Santa Fe determinaran que requiere un trasplante de hígado. Así las cosas, el motivo de ingreso al país recae en el “grave estado de salud de su hijo”, lo cual necesariamente debe ser analizado con el contexto o situación del país de origen.

Vale la pena precisar que, desde el 01 de junio de 2017, el Gobierno venezolano suspendió los trasplantes de órganos cadavéricos, lo cual significa que la posibilidad de acceder a un trasplante de órganos con donante cadavérico es nula en Venezuela. Actualmente, quienes pudieron acceder a un trasplante, se han enfrentado a la escasez de inmunosupresores, lo cual incrementa los riesgos de rechazo del órgano. También, existen denuncias según las cuales un procedimiento de trasplante puede iniciar con costos entre los 70 mil o 100 mil dólares con trasplante de donante vivo<sup>3</sup>. Otros factores como la provisión irregular de inmunosupresores, tratamientos inadecuados previos al trasplante, redes hospitalarias y servicios de salud deficientes y la migración de profesionales de la salud también han contribuido a que el sistema de trasplantes en Venezuela sea obsoleto<sup>4</sup>.

Conforme con lo anterior, el **16 de mayo de 2023**, varias organizaciones venezolanas exigieron que se reactive el programa de trasplantes en Venezuela. Katherine Martínez, directora de la Asociación Civil Prepara Familia, denunció que:

*“En el caso de los niños, niñas y adolescentes, que al igual que los adultos, están en una unidad de diálisis, con todos los inconvenientes que significa vivir en Venezuela con una enfermedad crónica se suman todo tipo de inconvenientes porque hay fallas en el suministro de agua, fallas en algunos insumos, problemas con el tema de la enfermería”.*

Asimismo, Martínez refirió que entre 2017 y 2022 fallecieron 75 niños, lo cual está ligado potencialmente a la suspensión del sistema de trasplantes que pudo haber evitado algunas de estas muertes. De hecho, el 22 de diciembre de 2017, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) recibió una solicitud de medidas cautelares<sup>5</sup> para que se requiriera el Estado venezolano que protegiera los derechos a la vida e integridad personal de los niños y niñas del área de nefrología del Hospital José Manuel de los Ríos en Caracas, Venezuela. La CIDH estimó que estos niños y niñas sí estaban en una situación grave y urgente por el riesgo de daños irreparables. Entre los hechos denunciados, se encontraba que 5 niños con insuficiencia renal no recibían tratamiento adecuado ni

<sup>1</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-269 de 2008.

<sup>2</sup> Sentencias T-1088 de 2012, C-913 de 2003, T-728 de 2016, T-482 de 2018, C-372 de 2019.

<sup>3</sup> FRANCE 24 (08 de junio de 2023). *Venezuela: el drama de quienes esperan por un trasplante de órgano*: <https://www.france24.com/es/video/20230608-venezuela-el-drama-de-quienes-esperan-por-un-trasplante-de-organos>

<sup>4</sup> Tal Cual (2021). *Venezuela suma cuatro años de la suspensión del programa de procura de órganos y trasplantes*: <https://talcualdigital.com/venezuela-suma-cuatro-anos-de-la-suspension-del-programa-de-trasplante/>

<sup>5</sup> Presentada por las organizaciones no gubernamentales Asociación Civil Centros Comunitarios de Aprendizaje (CECODAP)” y Asociación Civil Prepara Familia.

podían acceder a trasplantes desde la suspensión del programa en 2017, lo cual se agrava con el déficit en los bancos de sangre y la falta de suministro regular de antibióticos y antihipertensivos, así como la falta de inmunosupresores para los ya trasplantados. El 21 de febrero de 2018, la CIDH concedió las medidas cautelares solicitadas mediante la Resolución 8 de 2018<sup>6</sup>. A raíz de esto, Katherine Martínez fue víctima de amenazas, intimidaciones y actos de hostigamiento, lo cual derivó en la concesión de medidas cautelares a favor de ella, mediante la Resolución 42 del 06 de agosto de 2020<sup>7</sup>.

El 03 de diciembre de 2022, con ocasión de la reanudación de cirugías de trasplante de **donante vivo**, la Asociación Civil Prepara Familia, junto con otras organizaciones, emitieron un comunicado en el que reiteraron que el Sistema de procura de Órganos, Tejidos y Células (SPOT) lleva más de 5 años suspendido, lo cual afecta al 90% de quienes esperan un trasplante que solo pueden recibirlo de cadáver a vivo. Estas organizaciones exigieron varias garantías como el cumplimiento de condiciones que estructuralmente han sido deficientes en la prestación de los servicios de salud, el suministro de inmunosupresores, el acceso a diálisis en cantidad de horas suficientes y la necesidad de reactivar el SPOT<sup>8</sup>.

Delgado (2022)<sup>9</sup> reúne una serie de hechos cronológicos que explican el “ocaso” del sistema de trasplantes en Venezuela:

“(…) Entre 2017 y 2019 murieron cerca de 5.000 pacientes renales al no poder continuar con sus tratamientos, debido a la falta de inmunosupresores como Rapamune y Prednisona. En 2018 ocurrieron 121 rechazos de órganos y la Sociedad Venezolana de Nefrología alertó que, durante el primer trimestre de 2019, hubo 10 rechazos (Crónica uno, 2019; Rotondaro, 2019).

Un porcentaje elevado de los decesos, arriba mencionados, correspondió a pacientes pediátricos. Entre mediados de 2017 y hasta los primeros seis meses de 2021, de sesenta y tres niños que esperaban un trasplante en el Hospital J.M. de los Ríos, en Caracas, fallecieron treinta y cinco. De los veinticinco que dependían de esos trasplantes, quince lo necesitaban con urgencia (Codevida, 2018; TV, 2020).

Durante los primeros seis meses de 2019, en el servicio de Hematología de ese mismo hospital murieron 6 niños que esperaban por trasplante de médula; para septiembre de ese año, en Nefrología, fallecieron otros 9 pacientes. Entre el 21 de abril y el 1º de mayo de 2021, fallecieron cinco pacientes infantiles con fallas renales que esperaban ser trasplantados (TV, 2020).

La Unidad de Hemodiálisis, que se encuentra ubicada en la Sala de Nefrología, del J.M. de los Ríos la única unidad del país que presta servicio para niños que pesan menos de 10 kilos, solo cuenta con quince máquinas; debido a fallas mecánicas y falta de mantenimiento solo funcionan 10 de ellas, lo que afecta el número de horas y días que los niños deben recibir en la hemodiálisis (TV, 2020).

En febrero de 2018, luego del fallecimiento de 12 niños, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dictó medidas cautelares para el servicio de Nefrología del J.M. de los Ríos; el 21 de agosto de 2019, esas recomendaciones fueron extendidas a 13 servicios más. Para el 30 de abril de 2020, treinta y ocho niños, sin donantes no compatibles, esperaban por la oportunidad de salir del país a realizarse el trasplante de médula ósea, mediante el programa de apoyo de organizaciones internacionales (TV, 2020; CIDH, 2018 y 2019).

El 31 de junio de 2021 un grupo de doce 12 niños y adolescentes, pacientes de diferentes patologías, acompañados por diversas organizaciones de la sociedad civil, relataron su situación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el marco del 180 Período de Sesiones Virtuales. Insistieron en la necesidad de reactivar el Programa de Procura de Órganos y Trasplantes en Venezuela. Algo más de un mes después, el 4 de agosto, Niurka Camacho, una adolescente de 15 años, paciente renal en diálisis en el J. M. de los Ríos, quien había tomado la palabra, ese día, ante la Comisión, falleció por insuficiencia renal crónica, sin haber tenido la oportunidad de hacerse una replantación (Tal Cual, 2021; El Diario 2021; Redhna, 2021).

Ante este hecho, un día después de su muerte, la Comisión urgió al Estado venezolano a reactivar los programas de donación y trasplante de órganos, para garantizar la vida de la población infantil afectada,

<sup>6</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos (21 de febrero de 2018), Medida cautelar No. 1039-17. Resolución 8/2018. *Niños y niñas pacientes del área de Nefrología del Hospital José Manuel de los Ríos respecto de Venezuela*: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2018/8-18mc1039-17-ve.pdf>

<sup>7</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos (06 de agosto de 2020), Medida cautelar No. 1039-17. Resolución 42/2020. *Katherine Martínez respecto de Venezuela (Directora de Prepara Familia)*: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2020/42-20MC1039-17-VE-Ampliacion.pdf>

<sup>8</sup> Prepara Familia. [@preparafamilia]. (2022, 03 de diciembre). *Con motivo de la realización del trasplante renal de vivo a vivo, en el Hospital JM de los Ríos, 70 organizaciones aclaramos responsablemente* [tuit]: <https://twitter.com/preparafamilia/status/1599058818297925632>

<sup>9</sup> Delgado Blanco, A. (2022). *Los trasplantados en Venezuela. Un caso de vulneración de derechos humanos: The transplanted in Venezuela. A case of violation of human rights*. Cuestiones Políticas, 40(74), 607-630. <https://doi.org/10.46398/cuestpol.4074.33>

haciendo uso de la cooperación internacional y todos los recursos necesarios para ello (Tal Cual, 2021; El Diario 2021).

Para 2020, se estimaba que, al menos 960 personas esperaban ser trasplantadas; de ellos, 150 eran niños y adolescentes. También había niños con cáncer en espera para un trasplante de médula ósea. De acuerdo con organizaciones no gubernamentales alrededor de 3000 personas trasplantadas no reciben medicamentos inmunosupresores y no tienen acceso a reactivos para el apropiado control de su salud, bien por desabastecimiento o fallas en su distribución, lo que tiene consecuencias negativas en la sobrevida del injerto, la calidad de vida de las personas trasplantadas (TV, 2020; ONTV et al, 2018).

En la actualidad solo se hacen trasplantes en tres establecimientos sanitarios. Dos privados, la Clínica Santa Sofía y la Policlínica Metropolitana; y, uno, público, el Hospital Militar Carlos Arvelo, todos ubicados en Caracas. En los dos primeros, el trasplante puede costar casi 90 000 dólares; en el último por ser una institución pública de salud el procedimiento no tiene costo alguno; sin embargo, el paciente debe pagar todos los exámenes médicos, comprar los medicamentos e insumos e incluso los inmunosupresores para evitar un rechazo temprano del órgano (PF, 2021; AS, 2020)”.

Es importante recordar que la madre de JMCS intentó ser donante de su hijo, pero esto fue médicamente imposible. Dicho esto, la opción más plausible es que JMCS sea trasplantado en el país en el que reside, esto es, Colombia, ya que en su país de origen es imposible acceder al trasplante que requiere por la suspensión hace más de 6 años del sistema de trasplantes.

El hígado, el órgano más grande que tenemos, es imprescindible para vivir. Permitir un trasplante con el acceso a la LED no solo reducirá las posibilidades de muerte para JMCS, sino que, ante altas tasas de supervivencia en los trasplantes hepáticos, le permitirá tener una calidad de vida digna.

### 1.3. El espíritu de la Ley 1805 de 2016

En la Sentencia C-372 de 2019, la Corte Constitucional indicó que la finalidad de la ley 1805 de 2016 es imperiosa. ¿Cuál es esa finalidad o espíritu de la Ley referida? La finalidad de la Ley es, de manera general, la de establecer parámetros para mitigar el fenómeno de una demanda de trasplantes que supera la oferta, así como administrar adecuadamente bienes que son escasos, garantizar el derecho a la igualdad y prevenir el tráfico de órganos.

En particular, la prohibición del artículo 10 tuvo unos debates profundos en el legislativo, ya que, en primer y segundo debate en la Cámara de Representantes, se había contemplado la posibilidad de permitir la donación a extranjeros con *urgencia cero*<sup>10</sup>, pero, en el texto definitivo esto cambió. Dicha modificación que viró hacia la prohibición general de donación de órganos a extranjeros no residentes pretende combatir el tráfico de órganos y el turismo de trasplantes. Como ilustró la Corte en sentencia C-372/19, la Senadora Paloma Valencia, ponente de la iniciativa, indicó que la redacción actual de la disposición normativa en discusión responde a *“la posición concertada [de] que no vamos a permitir la donación de órganos a extranjeros, porque creemos que las instituciones colombianas estarían en serias dificultades cuando vinieran personas multimillonarias del exterior a invertir poderosos recursos y tratar de canalizar los órganos a extranjeros. De manera que hemos limitado la donación de órganos a los nacionales”*<sup>11</sup>. En las discusiones, se enfatizó en las preocupaciones relacionadas con que las personas con alto capital económico afectarían el acceso a la LED de personas con bajos recursos económicos.

En consecuencia, la norma busca prevenir el tráfico de órganos del que podrían ser víctimas las personas de escasos recursos que “venderían” sus órganos y evitar la trata de personas derivada de la extracción de componentes anatómicos sin consentimiento. Esta ley, según la Corte Constitucional, se originó con el propósito de superar el fenómeno de la alta demanda y baja oferta de la donación de órganos, así como evitar el tráfico y el turismo de trasplantes. Al respecto, la Corte indicó que *“la preocupación del Legislador se basa en tres criterios: (i) la prelación en el acceso a estos bienes escasos a colombianos; (ii) la garantía del acceso igualitario mediante el sistema de LED y compatibilidad; y (iii) la prevención del tráfico de órganos”*<sup>12</sup>.

En la Declaración de Estambul de 2008, un instrumento de *soft law* producto del consenso de países participantes como Colombia, se hizo referencia a la escasez mundial de órganos y se precisó que *“cada país debería luchar tanto para garantizar la aplicación de programas que prevengan la carencia de*

<sup>10</sup> Gaceta 489 de 2014 (exposición de motivos proyecto de ley 091 de 2014, Cámara de Representantes) citada en Corte Constitucional, Sentencia C-372/19.

<sup>11</sup> Gaceta 91 de 2015 (segundo debate del proyecto de ley 093 de 2015 en plenaria del Senado) citada en Corte Constitucional, Sentencia C-372/19.

<sup>12</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-372 de 2019.

*órganos como para ofrecer órganos que satisfagan las necesidades de trasplantes de sus residentes a partir de donantes de su propia población o a través de la cooperación regional”.*

Lo anterior, lastimosamente, no ocurre en Venezuela, un país que no participó de la Declaración de Estambul y que, como se ilustró, tiene un sistema de trasplantes obsoleto. En consecuencia, habría que preguntarse si, en el caso concreto, negar el acceso a la LED responde a esa necesidad de mitigar el tráfico ilegal de órganos y el turismo de trasplantes. Es decir, ¿la no inclusión de JMCS en la LED contribuye con esta finalidad? No.

El turismo de trasplantes se traduce en el traslado de una persona a otro país para acceder a un trasplante, con un propósito alejado de la buena fe. No obstante, en el caso concreto se evidencia que la llegada a Colombia de JMCS se originó en la deficiencia del sistema de salud venezolano para atender a sus necesidades y no en la búsqueda exclusiva de un trasplante, el cual no requería al momento de ingresar al país. Es vital analizar si la conducta de la madre de JMCS constituye una práctica no ética, lo cual no ocurre, no solo por la presunción de buena fe, sino también porque la llegada a Colombia recae en el deterioro de la condición de salud de JMCS y del sistema de salud deficiente de su país de origen<sup>13</sup>; no existe forma de ligar la entrada a Colombia con la búsqueda exclusiva de un trasplante porque, para 2020, no existía un diagnóstico que recomendara el trasplante hepático.

Consideramos que el criterio de *la prevención del tráfico de órganos* que sustentó la “preocupación del legislador”, no se ve afectado si se permite el trasplante a JMCS. De hecho, negarle la posibilidad de acceder a la LED es condenarlo a que su salud se deteriore paulatinamente con perjuicios irremediables; de igual manera, esta negativa contribuirá, paradójicamente, a incentivar el turismo de trasplantes porque, si su país de residencia, Colombia, le niega el acceso a la LED y su país de origen tiene un sistema de trasplante de donantes vivos deficiente y de donantes cadavéricos suspendido hace más de 6 años, esto significa que tendría que viajar a un tercer país que no es el de su residencia ni de origen para aspirar a un trasplante, con los costos que son imposibles de cubrir para la familia.

Resulta contradictorio que JMCS, una vez se regularizó en Colombia y se afilió a la EPS, fue cubierto por la *presunción legal de donación de órganos y tejidos*<sup>14</sup>, en virtud de la misma ley que pretende aplicarse exegéticamente para no permitir que él acceda a un trasplante, pese a que tiene cómo acreditar el requisito de residencia.

## **2. SE SATISFACE EL REQUISITO DE RESIDENCIA BAJO UN ENFOQUE DIFERENCIAL (DE NIÑEZ Y MIGRATORIO)**

### **2.1. Sobre los parámetros restrictivos que establece el Ministerio de Relaciones Exteriores (MRE) para probar el requisito de la residencia**

Es necesario partir de la base de que, en el caso concreto, se satisface el requisito de residencia que exige el artículo 10 de la Ley 1805 de 2016. Lo anterior, a partir de un análisis que no se limita a lo establecido por la Resolución 5477 de 2022, recientemente expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia y que modificó la Resolución 6045 de 2017.

En el anterior régimen de visas, con el artículo 24 de la Resolución 6045/17<sup>15</sup>, se establecía que la cédula de extranjería o la visa de residente se consideraba prueba de la residencia colombiana. Con el régimen actual de visas, a través del artículo 23 de la Resolución 5477/22<sup>16</sup>, se determinó que, no solo la visa de residente constituye prueba de la residencia, sino que también la titularidad de una visa de migrante durante al menos 3 años constituye prueba de residencia. Es decir, la interpretación frente a los documentos que constituyen prueba de la residencia ha variado y estado sujeto a la discrecionalidad reglamentaria e interpretativa del MRE.

Lo anterior, significa que, si se sigue la interpretación restrictiva del MRE, JMCS solo sería considerado residente si accede a una visa de migrante y es titular de ella durante 3 años u obtiene una visa de residente. Analicemos las posibilidades reales:

---

<sup>13</sup> El País (mayo 15 de 2023). *La salud pública en Venezuela redujo en 70% su capacidad de respuesta desde 2016*: <https://elpais.com/internacional/2023-05-15/la-salud-publica-en-venezuela-redujo-en-70-su-capacidad-de-respuesta-desde-2016.html>

<sup>14</sup> Artículos 3 y 4 de la Ley 1805/16.

<sup>15</sup> Art. 24, Resolución 6045/17: “Para los efectos migratorios se considerarán como pruebas de la residencia colombiana, la cédula de extranjería o la visa de residente”.

<sup>16</sup> Art. 23, Resolución 5477/22: “Constituyen prueba de residencia con vocación de permanencia las Visas de Migrante, siempre que el extranjero haya sido titular de una o varias visas de dicho tipo al menos durante tres (3) años de manera continua; y las visas Residente Permanente (R)”.

- i. **JMCS no puede acceder a una visa M** porque no cumple con los requisitos esenciales para ello, pese a que tiene pasaporte vigente<sup>17</sup>. Es decir, aunque la familia tuviera los 324 dólares que cuesta en conjunto el estudio y la expedición de la visa actualmente, no puede solicitarla porque JMCS no se ajusta a ninguna de las 14 categorías habilitantes<sup>18</sup> para pedir este tipo de visa.
- ii. Lo anterior, significa que **JMCS solo podría aspirar a tener una visa R**, la cual solo se otorga a quienes renuncian a la nacionalidad colombiana, a quienes acumulan ciertos tiempos siendo titulares de visa tipo M, **a quienes aplicaron al Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos (ETPV)** y a los residentes especiales de paz. En consecuencia, la única categoría que lo habilita para acceder a una visa R es la de *aplicación al ETPV*, lo cual significa que, según el artículo 91 de la R. 5477/22, **podrá aplicar a la visa R luego del 25 de marzo de 2027**, fecha en la que se cumplen 5 años de permanencia con el PPT, con un costo global que actualmente asciende a 455,25 dólares<sup>19</sup>, sin que exista garantía de que se le expida la visa R porque su otorgamiento es de carácter soberano y discrecional del Gobierno nacional<sup>20</sup> y no admite recursos<sup>21</sup>.

Es decir, JMCS, quien hoy tiene 13 años, solo podría obtener una visa R hasta, prácticamente, su mayoría de edad para que, bajos los criterios restrictivos que impone el MRE para considerar a una persona residente, pueda ser incluido en LED. ¿Qué pasará con su estado de salud en más de 5 años, si su país de origen tiene un sistema de trasplantes paralizado hace más de 6 años y el país en el que reside le niega rotundamente la posibilidad de acceder a un trasplante durante más de 5 años mientras accede a la LED y avanza en ella?

La interpretación del requisito de residencia no se puede hacer bajo las reglas del régimen de regularización migratoria ordinario que establece el Decreto 216/21 y la R. 5477/22, sino que debe hacerse a la luz del ETPV como mecanismo de regularización migratoria excepcional, creado para responder a la crisis política, social, humanitaria y económica venezolana. El mismo preámbulo del Decreto 216/21 y la Resolución 971/21 sostiene que la situación humanitaria de Venezuela ha empeorado sostenidamente, al punto de que, aunque las medidas anteriores al ETPV respondían a la idea de que los migrantes tenían un ánimo de permanencia transitorio, actualmente, es necesario responder a las necesidades de muchos migrantes que tienen la intención de establecerse en el país.

## **2.2. Antecedentes sobre flexibilización en la interpretación del ánimo de permanencia y la residencia en Colombia**

El MRE, en asuntos relativos al derecho a la nacionalidad y otros derechos como los que se discuten en el presente caso, ha sostenido que el ánimo de permanencia en Colombia o *ius domicili* se acredita con visa de residente. En virtud de esta definición restringida, se invocó en el pasado la negativa de permitir que los hijos de venezolanos migrantes en situación migratoria irregular pudieran gozar del derecho a la nacionalidad colombiana.

Sin embargo, como lo consideró la Corte Constitucional, en el análisis del derecho a la nacionalidad de los niños y niñas hijos de extranjeros en riesgo de apatridia en Colombia<sup>22</sup>, “*cuando un ciudadano venezolano migrante cuenta con una vivienda, un trabajo habitual (...) e incluso un permiso especial de permanencia (PEP)*<sup>23</sup>, (...), se configura de forma manifiesta los requisitos para acreditar la residencia y el ánimo de permanecer en el territorio nacional en los términos del Código Civil”. En virtud de lo anterior, la Corte Constitucional reconoció que, en el contexto de los flujos migratorios mixtos venezolanos, es posible acreditar la residencia y el ánimo de permanecer bajo los supuestos que estableció el legislador en el Código

<sup>17</sup> Aunque venció en marzo de 2020, este sigue vigente hasta marzo de 2030, en virtud de la resolución 2231 del 9 de junio de 2021.

<sup>18</sup> Esta visa, actualmente, se concede para los siguientes perfiles: cónyuge de nacional colombiano(a), compañero(a) permanente de nacional colombiano(a), madre o padre de nacional colombiano por adopción, padre o madre de nacional colombiano por nacimiento, migrante Mercosur, migrante Andino, refugiado, trabajador, socio o propietario, profesional independiente, pensionado, por fomento a la internacionalización (actividades productivas, de innovación o investigación), inversionista o apátrida.

<sup>19</sup> Asociación Salto Ángel (junio 2 de 2023). *Los migrantes venezolanos en Colombia ya pueden optar por la Visa de Residente y la Cédula de Extranjería*: <https://saltoangel.org/migracion/los-migrantes-venezolanos-en-colombia-ya-pueden-optar-por-la-visa-de-residente-y-cedula-de-extranjeria/>

<sup>20</sup> Art. 99, R. 5477/22.

<sup>21</sup> Art. 100, R. 5477/22.

<sup>22</sup> Sentencia T-006/20

<sup>23</sup> Nótese que, en el momento de este análisis, estaba vigente el PEP, un documento de regularización migratoria transitorio con vigencia reducida de 2 años. Los PEP perdieron vigencia definitiva el 28 de febrero de 2023 y fueron reemplazados por el PPT, un documento de identificación y regularización migratoria temporal con vigencia de casi una década hasta el 2031.

Civil, los cuales prevalecen frente a una definición restrictiva de una autoridad administrativa como el MRE<sup>24</sup>.

De hecho, en materia de nacionalidad, tanto la Registraduría Nacional del Estado Civil como el legislativo adoptaron medidas excepcionales para garantizar el derecho a la nacionalidad con **flexibilización del requisito constitucional del domicilio que se requiere para ser nacional colombiano por nacimiento**.

La Registraduría expidió la Resolución 8470 de 2019, a través de la cual se reglamentó una medida excepcional y temporal para otorgar la nacionalidad de oficio a los hijos de venezolanos nacidos en territorio colombiano entre el 19 de agosto de 2015 y el 20 de agosto de 2021. También, el mismo legislador, a través de la Ley 1997 del 16 de septiembre de 2019 agregó un párrafo al artículo 2 de la Ley 43 de 1993, con el cual estableció una presunción temporal de la residencia y ánimo de permanencia en Colombia de las personas venezolanas en situación migratoria regular o irregular, o solicitantes de refugio, cuyos hijos e hijas hayan nacido en territorio colombiano desde el 1 de enero de 2015 y hasta el 16 de septiembre de 2021. Luego, la Registraduría expidió la Resolución 8617 de 2021, que prorrogó la vigencia de la medida implementada con la Resolución 8470 de 2019 hasta agosto de 2023.

### **2.3. Sobre los requisitos que estableció el legislador y la Corte Constitucional para probar el domicilio (compuesto por la residencia acompañada del ánimo de permanencia)**

Entonces, así como ya se ha hecho para la garantía del derecho a la nacionalidad, una postura garantista sería la de realizar una interpretación flexible y amplia del requisito legal de la residencia para acceder al trasplante y garantizar los derechos a la salud y la vida de JMCS.

JMCS es dependiente de su madre, de tal forma que su ánimo de permanencia está determinado por el de su madre que está a cargo de su cuidado. Su madre se ha establecido en una vivienda en Colombia con sus dos hijos menores de edad y su hermana, está afiliada al régimen subsidiado, y, pese a que el cuidado de JMCS le demanda un tiempo considerable, tiene un empleo en una fábrica<sup>25</sup>, lo cual implica que está domiciliada en Colombia, bajo el entendido de que concurren de manera presuntiva los elementos de residencia y ánimo de permanencia.

Recordemos que el artículo 76 del Código Civil estipula que el domicilio “*consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella*” y el artículo 80 del Código Civil establece que se presume el ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar de por el hecho de aceptar en dicho lugar un empleo fijo de los que regularmente se confieren por largo tiempo. Como ya se dijo, JMCS depende exclusivamente de su madre, quien se ha establecido en una vivienda con sus dos hijos y su hermana y, además, tiene un trabajo en una fábrica. Dicho esto, es evidente que opera la presunción del ánimo de permanencia y avecindamiento porque la madre de JMCS tiene un empleo que, a la luz del ordenamiento jurídico colombiano, se entiende como contrato laboral a término indefinido<sup>26</sup>.

En este caso, concurre una situación de riesgo inminente para la salud y vida que resulta incompatible frente a la aplicación exegética del artículo 23 de la Resolución 5477/22 que fijó que solo la Visa M con permanencia de 3 años continuos y la visa de Residente constituyen prueba de la residencia con vocación de permanencia. La aplicación exclusiva de la norma contenida en una resolución del MRE, no solo va en contravía del Código Civil jerárquicamente superior en términos normativos, sino que tampoco responde a la obligación que tiene el Estado de garantizar el interés superior de los niños y los adolescentes y su derecho a la salud y la vida.

Se tiene, entonces, que la misma Corte Constitucional, en sentencia T-006/20 determinó que exigir una visa específica para acreditar el domicilio para el acceso a un derecho como la nacionalidad resulta incompatible con algunos postulados constitucionales. ¿No son los derechos a la salud y la vida igual de fundamentales que el derecho a la nacionalidad? Sí, y el Estado debe garantizarlos, absteniéndose de aplicar exegéticamente una norma que limita los elementos probatorios para acreditar el requisito de la residencia.

Dicho lo anterior, la IPS Fundación Santa Fe de Bogotá estaba en el deber de notificar a la red regional de trasplantes para el ingreso a la LED de conformidad con los criterios de los médicos tratantes. No obstante, se observa que, pese a que entidades como el INS adujeron no tener “*facultades migratorias*” para “*conceptuar sobre el alcance de ninguna figura o documento aportado*”, asumieron el rol de interpretar restrictivamente el requisito de la residencia bajo lo establecido en la Resolución 6045 de 2017 y el concepto

<sup>24</sup> Sentencias T-006/20 y T-079/21.

<sup>25</sup> Consultado a la accionante en el curso de la revisión del caso por la Corte Constitucional.

<sup>26</sup> Artículo 37 del Código Sustantivo del Trabajo y sentencia SL2600-2018 (R. 69175) del 27/06/18 de la Corte Suprema de Justicia: “*Así, la falta de una estipulación escrita sobre el término fijo, hace que el contrato laboral se entienda celebrado a tiempo indefinido (art. 45 CST)*”.

jurídico del Ministerio de Salud del 11/10/2022<sup>27</sup>. Estas dilaciones configuraron un perjuicio irremediable porque JMCS ha sido privado indefinidamente de la posibilidad de avanzar en la LED.

Si bien existe una prohibición general, constitucionalmente válida, de donar componentes anatómicos a extranjeros no residentes, las circunstancias fácticas y jurídicas del caso concreto ponen de presente que las accionadas y los jueces de tutela no aplicaron el principio de interés superior del niño y los adolescentes, ni realizaron un análisis riguroso del alcance del derecho a la salud y la vida de JMCS que, junto con su madre, sí reúnen los requisitos para acreditar la residencia y el ánimo de permanecer en Colombia. Las accionadas se limitaron a exigir una prueba de la residencia como si fuera un caso genérico frente a los que la Ley 1805 de 2016 pretende desincentivar y prevenir el turismo de trasplante; este no es el caso.

### **3. LA APLICACIÓN EXEGÉTICA DE LA NORMA DE SALUD PÚBLICA Y MIGRATORIA RESULTA CONTRARIA A LA CONSTITUCIÓN, A LA LUZ DEL CASO CONCRETO**

#### **3.1. Oportunidad de aclarar el contenido y alcance del derecho fundamental a la salud de niños y los adolescentes refugiados y migrantes venezolanos que requieren un trasplante**

Para la gran mayoría de venezolanos que han llegado a Colombia no es posible acceder a una visa de residente, debido a la falta de documentación requerida, al no cumplimiento de algunos requisitos y/o las dificultades socioeconómicas para sufragar sus costos. En el caso bajo estudio, la Corte Constitucional tiene la **oportunidad de aclarar el contenido y alcance del derecho fundamental a la salud de niños y los adolescentes refugiados y migrantes venezolanos que requieren un trasplante** y que, en circunstancias muy particulares, debe permitírseles acreditar el requisito de la residencia a partir de medios probatorios que no se circunscriban únicamente a los que establezca el Ministerio de Relaciones Exteriores.

**Se reitera:** la exigencia de acreditar la residencia con una visa de Residente incrementó el riesgo para la salud y vida y potencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable para un adolescente con ánimo de permanecer en Colombia que no ha sido incluido en LED para el trasplante de hígado.

#### **3.2. De la excepción por inconstitucionalidad**

Ahora bien, si derivado del análisis de la Corte se arriba a la conclusión de que en el caso concreto no se satisface el requisito de la residencia, consideramos que debe estimarse una excepción de inconstitucionalidad, ya que la aplicación exegética del artículo 10 de la Ley 1805 de 2016 vulnera los derechos fundamentales de JMCS. Esta facultad, sustentada en el artículo 4 de la Constitución, permite que se inaplique la norma de salud pública que, aunque en abstracto es constitucionalmente válida, su imposición en el caso concreto resulta contraria a la Constitución.

En virtud de lo anterior, **no se pretende argumentar que la norma es por sí sola inconstitucional**, sino que los efectos de **su aplicación para el caso concreto son contrarios a la Constitución**. La inaplicación de la norma vía excepción de inconstitucionalidad resulta válida y legítima porque, si se considera que el acceso a la LED depende de una visa R, esta es la única manera de garantizar los derechos a la salud y vida de JMCS, quien, como ya se explicó, no tiene posibilidades de acceso materiales a un trasplante en su país de origen, Venezuela.

Así, en caso de que se considere que únicamente con visa de residente JMCS puede ser incluido en LED, **la Corte podría asumir dos posturas:**

1. Aplicar el artículo 10 de la Ley 1805 de 2016, lo cual implicará enfrentarse, al menos, a tres escenarios:
  - i. Someter a JMCS a esperar hasta después del 25 de marzo de 2027, cuando podría aplicar a una visa de residente por haber acumulado 5 años de permanencia con el PPT, sin la certeza de que la solicitud de dicha visa sea aprobada. Para ese momento, su salud se habrá deteriorado, con la causación de un perjuicio irremediable y, en la peor de las circunstancias, habrá acaecido su muerte.
  - ii. Si bien podría argüirse que su país de origen es el que debe garantizarle el trasplante, esto resulta ilusorio porque el Sistema de procura de Órganos, Tejidos y Células venezolano lleva más de 6 años suspendido y la realidad fáctica no arroja esperanzas de que se restablezca y sea óptimo en los próximos años.
  - iii. Incentivar que busque el trasplante en un tercer país, lo cual se traduce en una práctica de “turismo de trasplante” y que, por la situación socioeconómica actual de la familia, tampoco es una posibilidad<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Concepto Jurídico 20202211601997291 del 11 de octubre de 2022 expedido por MINSALUD.

<sup>28</sup> La vinculación al sistema de salud vía régimen subsidiado es una prueba fehaciente de su vulnerabilidad socioeconómica.

2. Inaplicar por inconstitucional el artículo 10 de la Ley 1805, que es, a nuestro juicio, la decisión más plausible en el caso de no considerar acreditado el requisito de la residencia. Esto, permitirá que JMCS sea incluido en la LED, avance en ella y acceda eventualmente a un trasplante de hígado que le permitirá tener una vida digna que su país de origen no le pudo garantizar. Esta inaplicación no alterará significativamente la línea jurisprudencial sobre la prohibición general de la inclusión de extranjeros no residentes en LED, por los *efectos inter partes* de la excepción de inconstitucionalidad.

Así las cosas, consideramos que es necesario que la Corte Constitucional: (i) REVOQUE los fallos de instancia y ampare los derechos de JMCS, (ii) emita un fallo en el que TUTELE los derechos a la salud y la vida de JMCS, (iii) ORDENE a la IPS Fundación Santa Fe de Bogotá o la IPS tratante que notifique a la red regional de trasplantes para el ingreso de JMCS a la Lista de Personas en Espera de Donación (LED) para el trasplante de hígado que requiere, y (iii) ORDENE al Instituto Nacional de Salud que se abstenga de imponer trabas para el acceso de JMCS a la LED.

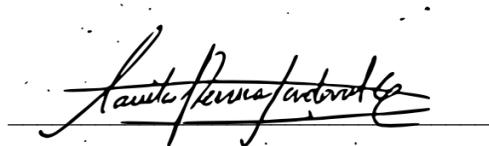
**Subsidiariamente**, solicitamos a la Corte Constitucional que (i) INAPLIQUE el artículo 10 de la ley 1805 de 2016, por excepción de inconstitucionalidad, (ii) REVOQUE los fallos de instancia y ampare los derechos de JMCS, (iii) emita un fallo en el que TUTELE los derechos a la salud y la vida de JMCS, (iv) ORDENE a la IPS Fundación Santa Fe de Bogotá o la IPS tratante que notifique a la red regional de trasplantes para el ingreso de JMCS a la Lista de Personas en Espera de Donación (LED) para el trasplante de hígado que requiere, y (iii) ORDENE al Instituto Nacional de Salud que se abstenga de imponer trabas para el acceso de JMCS a la LED.

Cordialmente,



Maria Fernanda Escobar Rodríguez

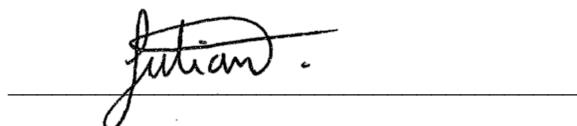
Representante Legal de la Corporación Instituto Internacional sobre Raza, Igualdad y Derechos Humanos  
C.C. 1107048300



Camila Becerra Sandoval

Consultora del programa legal para Colombia de la Corporación Instituto Internacional sobre Raza, Igualdad y Derechos Humanos

C.C. 1018461366



Julián David Vidal Quintero

Consultor de apoyo en incidencia y metodologías de la Corporación Instituto Internacional sobre Raza, Igualdad y Derechos Humanos

C.C. 1144090656