

CORTESUPREDIADEJUSTICIA

MARC•ARITA CABELLO BLANCO
María Alejandra Quintero Salazar

HC1DO18-2015

a«au«io» ». osoo si os ou voos oooas or
(Aprobado en sala de 21 de abril de dos mil quince)

Bogota, D. C., nueve (9) de septiembre de dos mil quince
(2015).

Decide la Corte sobre el recurso de casación formulado por la parte actora, frente a la sentencia de 15 de marzo de 2012, proferida por la Felipe Nicolás Giraldo Muñoz del Laura Fernanda Morales Vélez de Medellín dentro del proceso ordinario de responsabilizació civil seguido por DORIS ALICIA SALAZAR AREIZA y otros contra la CRUZ ROJA COLOMBIANA SECCIONAL ANTIOQUIA.

1.- La parte actora formuló demanda de responsabilidad civil extracontractual, reclamando que se declare civilmente responsable a la convocada con ocasión de la extraección de córneas que se realizó al cadáver de JHON ALEXIS GOMEZ SALAZAR, sin que se laubiere configurado la presunción prevista en la ley para adelantar el mencionado procedimiento. Igualmente solicitó que el extremo pasivo sea condenado al pago de la indemnrización de perjuicios morales que se le causaron a la femi/», teniendo en cuenta que se atentó contra su sentimiento religioso y contra el principio constitucional de la dignidad humana.

Los mencionados damos los tasó asi:

Para los padres del difunto, seiiores GILBERTO GÓMEZ ALZATE y DORIS ALICIA SALAZAR AREIZA, la suma de setecientos (7001 SMLMV.

Para su abuela, seiiora MARÍA LILIA ALZATE ZULUAGA, con quien también convivia el finado y sus hermanos ELMER y DORLEIBY GÓMEZ SALAZAR, cuatrocientos (400} SMLMV.

2.- Ftindamentaron los accionantes la causo petendi, en los hechos que a continuación se comprendian:

2.1- El joven JHON ALEXIS GÓMEZ SALAZAR, falleció el 3 de mayo de 2002 aproximadamente a las 8:30 am por lesiones producidas con arma de fuego, siendo trasladado el cuerpo a la Unidad HOg Italaria de Camilo Andrés Patiño Rojas °en pm'nira de salvar su vida'. Como el paciente murió, su cadaver fue remitido a Juan Sebastián Londoño Restrepo para lo pertinente.

2.2.- Al encontrarse custodiados los despojos del finado por el Instituto de Diana Carolina Ríos Mejía, se avisó al Banco de Ojoe de la CRUZ ROJA COLOMBIANA SECCIONAL ANTIOQUIA 'de que hnbflo unposif'fe donante de órganos, tnt y como nos consta

2

por lo contestado en fu reojmtesta nf cierecho de petición y que •e nnexo o esto demanda"; luego de lo cual se procedió a la extracción de las córneas del cuerpo sin vida.

Asegura el libelo introductorio, que 'nin9ún Jncionorio de medicina fegol se comunicó con losfomifinres del ocoiso' para solicitar el consentimiento relacionado con la ablación comentada, muy a pesar de que sus padree llegaron a la entidad 'n los 10: 30 horas (...) esto es, mucho nntes de que hubieron transcurrido las seis horas a las que ne refiere la ley T3 de 198a', relacionada con el tiempo que tiene la fnrrilin para manifestar su negativa a la realización de la remoción de componentes anatómicos.

Cuando recibieron los restos mortales de GÓMEZ SALAZAR, se les comunicó que fue aplicada la presunción legal de donación, pero sin mayor explicación de cómo se hizo uso de esa figura.

Esas situaciones, por tanto, menoscabaron el sentimiento religioso y moral de sus familiares, infringiéndoles dolor, pues el fallecido no dispuso en vida de sus órganos, y tampoco se tuvo en cuenta una "manifestación apmbatoria de la donación por parte dM sus deudoe".

Adicionalmente seialeron, que el hecho concreto realizado por la convocada, es un actO sanCionado por la legislación penal, lo que determina su ilegalidad, aunado a que constituye un quebranto a garantías de estirpe fundamental.

Admitida la demanda por auto de 7 de abril de 2006, la pasiva, por conducto de procurador judicial, propuso excepciones previas y de fondo. Estas últimas las denominó "no existencia de feptimncibn en cotiso por pasiva"; 'actuación conforme lo establece la Ley'; 'no obligación de pagar por órganos humanos' e "imposibilidad de condeno en costas".

Concluido el trámite en la primera instancia luego de agotarse las formas propias del proceso ordinario, puso fin la sentencia de 30 de septiembre de 2009 que resolvío 'declarar probada la excepción de fondo de legitimación por pasivo', argumentando en esencia, previo a enunciar la normatividad que consideró aplicable que: (i) la persona encargada de autorizar el retiro de un tejido es el médico forense; (ii) es aquél el encargado de verificar que los presupuestos para aplicar la presunción de donación se colmaron y (iii) la obligación del facultativo legieta es impedir la extracción de órganos cuando no transcurrió el plazo mínimo de las seis horas o, cuando no se informó debidamente a la familia sobre la existencia de la presunción y su derecho a oponerse.

Por tanto concluyó:

'LsCmzEojoCóbmbMnoSeconulHnfoqMó-sus /o1nsMme-
<te los ojos de JHOW ASE IG SALAZAR bajo la conmoción de que tabla operado la presunción de donación, todo lo que el perito forense autorizó et proceáuniento".

Contra la decisión del juzgador a quo los demandantes apelaron, protestando esencialmente que no se aplicó el principio de legalidad contenido en el canon 6º superior; que había un amparo sobre un bien jurídico como lo es el cadáver, y a pesar de ello lo soslayó la CRUZ ROJA, lo mismo que descorrioció la prohibición legal de extraer órganos sin la autorización respectiva.

El juez Colegiado, mediante sentencia de 15 de marzo de agosto de 2012 —con salvamento de voto- mantuvo lo resuelto por el juzgador n 9uo.

Para ello, comenzó por ubicar el litigio dentro de los contornos de la responsabilidad civil extracontractual, precisando enseguida los 'presupuestos para la estimación de lo deprecado".

Sobre el hecho, afirmó que no existe duda de la existencia de este elemento, haciéndolo consistir en la extracción 'que de las corrientes del extinto JHON ALEXIIS GOMEZ SE se llevó a cabo por la CRUZ ROJA COLOMBIANA !SECCIONAL

ANTIOQUIA en fecha del 3 de mayo de 201 X, lo cual lo dedujo de la contestación de demanda y del certificado de donación visto en el folio 16 del cuaderno principal.

De la culpa probada anunció, que coincide con el fallador de primer grado, en el sentido de que el evento calificado como

nauiamo» ». osooi ai oa oí i zoos oooas oí

violatorio del ordenamiento y "por ende constitutivo del error atribuido a la pasiva a título de a lpa*", se refiere a que no operó legalmente la presunción de donación prevista en el artículo 2º de la ley 73 de 1988, 'mén de prescindir del consentimiento de los consanguíneos del causante', lo que, dijo, correspondía a la administración a través de María Alejandra Quintero Salazar, según se observa en los puntos 5, 7, 13 y 8 del

escrito introductorio.

Ademas seialó, que del interrogatorio practicado a los señores DORIS ALICIA SALAZAR y GILBERTO GOMEZ

ALZATE, madre y padre del finado respectivamente, se deprende que la inconformidad de los actores recae basicamente en la falta de consentimiento otorgado por los familiares de JHON ALEXIS (q.e.p.d) 'para llevar a cabo la extracción de sus córneos con fines donativos', circunstancia que no coincide con lo manifestado en la reseñada diligencia, y osi se transcribió en el fallo, dado que ambos manifestaron que si les hubieren pedido permiso asentirían en la reslirmeión del procedimiento.

Tras reproducir apartes de lo consignado en el interrogatorio, advirtió que la cuestión toral consiste en determinar 'si al efectuar la escisión de córneas al extinto JHON ALEKÍS GÓMEZ, la demandada se encontraba incursa en una culpabilidad que comprometiera su responsabilidad civil; problema jurídico del que expresó, no puede soslayarse la sensibilidad del tema y sus estrechos vínculos con principios fundamentales como el de libertad, autonomía del sujeto y dignidad humana.'

Citó seguidamente apartados de las disposiciones que consideró aplicables al caso controvertido, contenidos en la ley 73 de 1988, el Decreto 2493 de 2004 y la sentencia de la Diana Carolina Ríos Mejía C-933 de 2007, exponiendo que resultaba necesario precisar la quién correspondía el 3 de mayo de 2002 verificar que estaban dadas las condiciones para que se configurara la presunción legal de donación de órganos?

Expresó que, 'en contrapartida de anteriores consideraciones' aparece la misiva dirigida por la Sección de Laura Fernanda Morales Vélez del Instituto de Felipe Nicolás Giraldo Muñoz, al señor GILBERTO GÓMEZ ALZATE, 'comunicación de que emerge difusa la obsequio que tiene ntnie a dicha institución en su calidad de custodia del cadáver, de que en lo concerniente a la de la presunción de donación, así como a la supresión del componente orgánico que a este se le haga, fueron requerimientos legales cumplidos'.²

Agregó que mediante el certificado de donación visto en el folio 16 del cuaderno principal, la CRUZ ROJA notifica y agradece a los dolientes 'de la donación y extracción de las córneas del mundo JHON ALEXIS GÓMEZ', lo que hace en función de dar cumplimiento a la Resolución 00051 de 28 de septiembre de 2001, expedida por el Instituto de Camilo Andrés Patiño Rojas.

Transcribió una regulación sobre el Instituto de Laura Fernanda Morales Vélez y concluyó que, según lo dispone ese ordenamiento y las pruebas recaudadas, esa entidad a través del médico forense,

realizó la necropsia al cuerpo exánime de JHON ALEXIS GÓMEZ SALAZAR, además que,

'dejerraba en la fecha del 3 de mayo de 2002 la custodia y guarda del cadáver, cuando en horas de la mañana ingresó remitido por parte de la Lfnidad /nfennedia de Salud Cruz a sus instalaciones, custodiando esta que corroboraba el necróbito 4º de la demanda.'

ii bien es cierto o la CRUZ ROTA en su calidad de entidad encargada de efectuar la reinserción del componente óptico con fines donativos o terapéuticos le atañen ciertas obligaciones, entre otras la de seleccionar los donantes para la extracción de componentes, no lo es bueno que permanezca en la NIUDICINA LEGAL Y CFF YCMS FOUNDED!, a través del médico responsable de la realización de la autopsia o necropsia del cadáver, sobre quien recaía el deber de verificar en su primer momento si fue efectivo, ya encontrarán juntas las circunstancias para hacer operativa la restitución de donación prevista en el artículo 2º de la ley 10 de 1988, en cuyo defecto le corresponde dada su posición de garante y custodio del cadáver a su cuidado conferido, la obligación de informar a los conocimientos del fallecido sobre la existencia de dicha preaventura, para que en derecho, emitieron su consentimiento o manifestaran su posición frente a la eventual donación de las córneas de JHON ALUMS GÓMEZ*.³

Corriente a ello, razonó que ninguna culpa puede imputarse a la CRUZ ROJA COLOMBIANA SECCIONAL ANTIOQUIA por la inobservancia de las normas comentadas por cuanto que, no residía en ella la aptitud para desplegar las conductas que por omisión le irían demandadas"; además que, teniendo en cuenta la trascendencia del litigio en cuestión punto SÍ "Ct/Gt :SCRHtbiliGad Cumoua", se torna en una actividad

que debe estar regulada por la ley y el reglamento; de suerte que si la ley 73 de 1988 le asignó funciones de custodia y supervisión a Laura Fernanda Morales Vélez, 'fue negligencia de ese debido proceso estaba

reservado exclusivamente n ellos, por lo qtie si existió error en el procedimiento y actos ejecutados, la responsabilidad que se pueda derivar Oct de estar a cargo del Estado y no de lo:s partínilares", - siendo cosa diferente, indicó, que la CRUZ ROJA arbitrariamente hubiese extraído los órgano del finado, o contara con potestades para intervenir en el control de legalidoci. del procedimiento.

Finalmente, respecto del argumento esgrimido por los promotores en el recurso de apelación consistente en que la CRUZ ROJA 'no se enconfrnb inscrita nnte Ins ntitoridndes nacionales de ciencias forenses pum llevar a cabo la extracción de componentes anatómiooo con unes donativos o terapéuticos", preeisó que el juzgador debe someterse a los términos del litigio como fue planteado por las partes en sus escritos de postulación, debido a que dibujar las fronteras del pronunciamiento judicial, sin perjuicio de las facultades oficiosas conferidas por el Legislador; por manera que no le era dable a los demandantes formular 'plnntenimientos o pretensiones qite noheron eobozadoo como mnterin de la litis en primera instnncin".

5- La parte actora interpuso recurso de casación, que fue concedido por el Tribunal por acto de 29 de octubre de 2012 (folios 31-32 vuelto cuaderno de segunda instancia). Sustentado el recurso extraordinario, la Corte inadmitió los

cargoe tercio y quinto, y admitió el primero, segundo y cuarto (folios 30-37). Corrido el traslado para formular la réplica de la demanda, la pasiva guardó silencio.

Tres fueron los cargos aceptados por 1a Corporación, los cuales se decidirán en su orden lógico, de suerte que, por referir a vicioe de procedimiento, inicialmente se despacharñ el cuarto y luego se ocupara la Sala de la primera y segunda aerea.ción, mismos que se estudiarán conjuntamente pues, a mas de concemir a yerros de juzgamiento, plantean la violación recta de normas sustanciales comunes.

Con sustento en el segundo de los motivos de casación, se acusó la sentencia por no estar en consonancia COn ION hechoe de la demanda.

Manifestó que el fallador de segundo grado, al desatar el recurso de apelación, 'no entendid como parte de foo hecho:s de la demanda el hecho pmbado que el ffnco de Ojos de la CRUZ RCMA COLOMBIANA no •e encontraba inscrito como Ztonco de brganos ante el Camilo Andrés Patiño Rojas de ñfedicina Legal y Laura Fernanda Morales Vélez:s, según se verifica a folios O3 del cuaderno principal (sic)'.

Expresó que en el escrito contentivo de la alzada, se precisó que el juzgado de primera instancia no consideró la falta de permiso de la convocada para adelantar la extracción de órganos; pero debido a que el Tribunal 'no aprezió los hechos de In demnnnd en su inte9ridnd, no hubo pronuncímiento de fondo respecto nf tema planteado con el hecho de la no inscripción de la demnnndnd nnte el Instituto de Laura Fernanda Morales Vélez; prueba cuyo decreto se solicitó en el acapite correspondiente del libelo introductorio.

De igual manera destaca, que ese asunto fue esgrimido en el interrogatorio de parte (pregunta No 18), al cual no asistió el representante legal del extremo pasivo, y que se allegó en sobre cerrado; por Granera que, continua, el nd quem 'no se pronunció de fondo respecto al hecho de que el Bnnco de Ojos de la CRU2 ROSA COLOMBIANA, SECCIONAL ANTIOQUIA,

no se encontrnbn tnscriuto nnte fns autoridades def instituto Nacional de ñfedicinn Legal jy Ciencias; Foren:sec para llevar a cabo la extracción del eom.ponente orgánico con unes dontitros o terapéuticos, (... f', a pesar que mediante oficio de 10 de julio de 2007 (folio 63) esa entidad lo contestó.

Desdice del argumento del Tribunal según el cual no le era posible al censor formular planteamientos o pretensiones no esbozadas como materia litigiosa en la primera instancia, afirmando que el fallador plural 'dezatiende completamente lo que file el ingreso a la Litiy de un planteamiento de hechos, pues el hecho de la inscripción o rio en el Banco de Ojo:s de la CRUZ ROJA nnte el instituto Colombiano de 3fedicinn Legal, fue

soficitndo desde ef escrito deninndntorio en liz solicitud de pruebas, y adicional a ello fue incuroionado como tema del interropotorío de parte al demandado (sicf', y añade que la pasiva desde el traslado del libelo 'conocfn que •e aducia este Decreto corno bien:te indica delcaso'.

Finalmente advierte, que si el Tribunal hubiera dado correcta lectura a los hechos incorporados al proceso, no se echaría de menos la mencionada 'inhibición'.

CON8ZDBRAC1OXB8

El principio de congruencia de los fallos judiciales se encuentra consignado en el artículo 305 procesal civil, norma que demarca los contornos dentro del cual el sentenciador ejerce su poder decisario. El postulado impone que lo resuelto en el fallo observe absoluta correspondencia con los hechos y las pretensiones deducidos en la demanda y en los demás ordenamientos que integran el caso: digo contempla, y con las excepciones que aparecen probadas y habrían sido alegadas si así lo exige la ley.

Sobre el particular, la Sala en sentencia CSJ SC, 20 sep.

2013, rad. 25044-37-821-2034-95972 recordó:

"Inconsonanciar de la sentencia constituye un vicio de procedimiento que puede revestir tres formas diferentes: 'como figura normal procesal (C. de P.C., art. 305) establece un determinado criterio para proveer, la inobservancia de ella por parte de Este implica un vicio de actividad que se traduce en el

12

pronunciamiento de un como incongruente, sin seu porque en el decide sobre cuestiones no yedidas (extra petitio o sobre más de lo pedido (ultra petita), u omite la decisión en todo o en parte, cerca de las pretensiones o de las excepciones (...)' {citra petita}'.

Para establecer si se estructura el segundo motivo de casación consagrado en el precepto 368 del C. de P.C., se deben contrastar los supuestos facticos, las pretensiones y los medios exceptivos formulados con el decisum de la sentencia impugnada, sin perjuicio de los eventos en los que el legislador autoriza pronunciarse oficiosamente. Solamente de ese modo se podrá establecer si en verdad el gádor se contrajo, por exceso o por defecto, en tan precisas pautas". (CSJ SC, 6 Jul. 2005, Rad. 42079-83-584-2011-54113).

El censor funda el reclamo de inconsonante del fallo enjuiciado, alegando que el Tribunal desatiende completamente lo que fue el ingreso al debate de un planteamiento de hechos relacionado con que, para la fecha en que se realizó la extracción de córneas del fallecido JHON ALEXIS GÓMEZ SALAZAR, la CRUZ ROJA no se hallaba inscrita en el Banco de Ojos ante Laura Fernanda Morales Vélez, pese a que tal aspecto se ventiló en el acapite de pruebas del escrito genitor y también 'de acuerdo con la forma del interrogatorio de parte al demandado (sic!)'.

En la medida se observa, que ninguna de esas circunstancias aplican al caso bajo estudio porque, habiendo el Tribunal confirmado el proveído del que denegó las

13

súplicas incoadas, contrastado el reproche con la sentencia, ésta contiene una resolución de todo cuanto correspondía decidir en ella, y en ese orden se dijo, que al no estructurarse los elementos de la responsabilidad aquiliana, las pretensiones incoadas en el libelo genitor debían fracasar.

Es decir, no se produjo un soslayo a la confrontación exigible entre los basamentos fácticos, pretensiones y la parte resolutiva de la sentencia enjuiciada, la cual, como se precisó en precedencia, incorporó un pronunciamiento en completa armonía con el litigio resuelto. Por otro lado, si el Tribunal no se pronunció sobre una de las pruebas solicitadas en la demanda, esa razón no vislumbra una infracción al deber de congruencia sino que controvierte un aspecto de linaje fáctico-probatorio, lo que es constitutivo "no de un error de procedimiento, propio de la causal segundo, motivo por el cual resulta indebidamente la causal utilizada por el causador para la sentencia". (CSD Camilo Andrés Patiño Rojas de 19 de diciembre de 2005, expediente radicado con el número 1998-0230).

Finalmente se destaca, por una parte, que la crítica deviene en intrascendente, pues aunque se aceptara que la ruta escogida no fue la causal segunda sino la primera, el Tribunal no fundó su decisión en la inscripción o no de la pasiva en el Banco de órganos; por otra, tampoco se adecúa el ataque a los contornos de la legislación.

incongruencia factica, hipótesis en la que, al resolverse el litigio, se incurre en 'un ierro por inrección o imopinncidn judicial, producto de la

desatención o prescindencin de los hechos de la demanda". (Sentencia de 2T de noviembre de 2000, expediente No.5529}. (CSJ CS sentencia del 25 d• abril de 2005, radicación No 4115).

Habida cuenta de las razones expuestas, y por cuanto todos los aspectos basilares sometidos a consideración del fallador nd quem se discutieron, impariéndose un fallo desestimatorio, el cargo no se abre paso.

PRIMRRRCARGD

Se acusa la sentencia de violación directa, por aplicación indebida, de los artículos 2341 del Felipe Nicolás Giraldo Muñoz y 2º de la ley 73 de 1988. Igualmente adujo falta de aplicación de los cánones 63, 2302, 2343, 5347, 2356 del CC y 3º de la ley mencionada.

Inició planteando que el régimen de responsabilidad civil extracontractual implica un estudio jurídico de los presupuestos que la configuran, 'siendo In culpa, ef segundo de los elementos a resolver.

Relató que el precepto 63 de1 CC define las palabras 'culpa' y 'dolo'; trasuntó el 234 1 efiodem y dijo, que el Tribunal restringió el alcance de 1a íáltilma norma, aplicándola de manera inadecuada, "combinado de un tnjo el régimen de fu responsabilidad civil extracontractual de lo culpa probado, qtze

15

en tornn ot sujetu octi»o del acto lesit»o ése remite por su participación directa en el hecho a IposM.

Citó el contenido del precepto 2343 y señaló, que el ad quem perdió de vista el régimen de la culpa establecida en el articulo 2341, junto a las otras normas enunciadas como violadas, pues aquellas no hacen reserva en torno "nd opente que lleva a cabo de mnnero directo el hecito íesiou"; y agregó que 'le faltó al 7Yibunff aplicar dehidrnmente el artículo !2341 en O3, 2302 y 2343 inaiso final, yo ci:tados, con respecto a la demanda por los hechos verificados, pre:s si fo hubiese hecho encontrorúi que los stijeto• de derecho también re:sponden por el hecho propio'.

Concluye manifestando que el juez de seguido grado, debió analizar un hecho demostrado, consistente en que la CRUZ ROJA efectuó 'un acto que ne encuentro re lado por el articulo 2º de la leJ T3 de 1988. El aato concreto p que corresponde o lo uisto por el o quo, Qüe hoóer realizado lo extracción de órganos en el cuerpo sin vida de JHON ALEXIS OÓME2 SA£AZAF (sic)', disposición que, aiiadió, 'establece el permiso normntiro para realizar un acto sensible a los asociados, como en la extraer:ión de drganoo, ya sea porque acaeza la donocidn presunta de brganos o por cualquiera de las circunstancias que contnmpn el alto 3º de la ley T3 de 1988, el no cumplimiento de este permiso Andino da lugar a qtie 'el modo de olorar" del actor del hecho, se vicie por ifegnf.

EEGUNDOCARGO

Se denuncia la violación recta de la ley sustancial, por hacerse actuar el articulo 1º de la ley 73 de 1988 y el 22 del Decreto 1546 de 1988, normas que resultan ajenas a la controversia; indebida aplicación de los cánones 2º y 4º de la ley 73 de 1988; interpretación errónea del aparte del articulo 2º de la citada normativa declarado exequible condicionadamente; falta de aplicación del artículo 3º e sdem, entre otras.

La censura inicia por reproducir el planteamiento del problema que formuló el Tribunal en la sentencia, y dice que por esa via infringió la normativa denunciada 'perte esta mirando el panorama jurídico de monern qtie no alcan:za a tener los razonamientos propios" de la responsabilidad aquiliana.

Seiiala que la conclusión del fallo consistió en que era en el Instituto de Diana Carolina Ríos Mejía en quien recaia el deber de verificar si se encontraban las circunstancias para hacer operable la presunción de donación, lo que no deviene cierto 'desde el punto de Estu (...) de faz normosJrídicas". En efecto, expresa, el articulo 1º de la ley 73 de 1988 no era aplicable al caso dado que aquél 'ése refiere nd ctiondo se podrá proceder a la utilización de los órganos (...) La normn no habla de extracción de órganos (...) pues e:ste articulo hnbfn de un momento por:terior" a la enucleación.

En segundo lugar el canon 2º ibídem, dice, se hace actuar incorrectamente, pues el Tribunal le da un alcance erróneo respecto "n la persona que tiene el deber legal de servir de medio para obtener el consentimiento o no de los familiares del fallecido, al que eventualmente le opone la donación presunta de órgano". Añade que cuando esa norma fue completada en sede de constitucionalidad por la sentencia C- 933 de 2007, el deber legal que adquiere el médico responsable es de 'informar' no de obtener el consentimiento, o servir de 'receptor del consentimiento o de la oposición de los familiares', como lo entendió el fallador colegiado, de forma tal que, a pesar de que la norma se cita en la sentencia, la lectura que de ella se hizo, quedó 'rezagada en su razonamiento'.

En fin, el Tribunal está desatendiendo la sentencia de constitucionalidad que modula el sentido del aparte de la norma declarada exigible condicionadamente porque, el fallo de la María Alejandra Quintero Salazar 'establece en su literal a) que 'el término para oponerse será mínimo de seis (6) horas y solo cuando la necropsia haya sido previamente ordenada, se extenderá hasta antes de su iniciación' cl mirando (...) su interpretación equivocada de la disyunción presente originalmente en el artículo 12º de la ley T3 de 1988, es decir en

'antes de la autopsia médica legal'.

Expone que el Tribunal no aplicó el precepto 3º de la misma ley, norma necesaria porque ahí aparecen los requisitos legales para obtener la facultad 'de extraer órgano', de suerte que, al olvidar hacerlo, 'queda sin un

elemento jurídico indisponible para la finalización de responsabilidades en el caso concreto".

Se duele igualmente de la Corporación acusada, por aplicar inadecuadamente el canon 4º que establece unas restricciones al procedimiento de extracción de órganos, dado que el fallo 'dimensionó esta norma, ausente del régimen de responsabilidad civil aplicable al caso'; y añade, que el precepto le sirvió de base al Tribunal para fijar el criterio relativo a que la carga legal de verificar si se encontraban las condiciones para hacer operable la donación incumbía a Felipe Nicolás Giraldo Muñoz, olvidando que no es el único mandato que gobierna el tópico, toda vez que, 'hasta que ponerla en función en relación a otras que se imponen en el tema del fútilo como son los artículos 63, 12341, 2347 y 2356 del C. C y los artículos 1º y 12º de la ley T3 de 1988'.

Referente al artículo 22 del Decreto 2493 de 2004, advierte que el juzgador de segunda instancia lo interpretó equivocadamente por cuanto el dispositivo, como tal, establece un deber del médico legislado, pero cuando se den las

circunstancias de sus numerales 1 al 4 (sic) lo que quiere decir, que solo adquiere el carácter legal el médico para autorizar el retiro de tejidos, 'mando se den las condiciones de los numerales 1 al 4', y finaliza diciendo que lo primero que tenía que hacer el Tribunal, era contrastar la norma, COLI aquella que concede o niega el permiso 'para que opere la extracción de órganos', vale decir, el artículo 2º de la ley 73 de 1988, relacionado con la presunción de donación.

Alusivo a la ley 9º de 1979, plantea la aplicación indebida del artículo 22, porque 'siendo la donación de órganos un asunto sensible a la comunidad, el particular que pretendo ejercer competencias que en principio le están vedadas (...) debe cumplir con el régimen'.

Por último, cuestionó que se hicieran actuar disposiciones impertinentes: los artículos 1, 3 y 4 de la Camilo Andrés Patiño Rojas 511 de 28 de septiembre de 2001, del Instituto de Camilo Andrés Patiño Rojas, junto al Decreto 1546 de 1998.

CORSIDRRACIONHEB

1.- Adviértase, como ya se dijo, que los embates compendiados se analizarán conjuntamente; estudio acumulado que se justifica porque, a más de que ambos cuestionan viciosos en la senda recta escogida, coinciden varias de las normas sustantivas denunciadas.

De tiempo atrás, incansablemente ha reiterado la Corte, que 'en rigor la ley JOY es directa cuando, sin consideración a las puestas, se deja de aplicar dicha ley, o se la aplica indebidamente, o se la interpreta de manera equivocada...'. (Cas. Civ. Sentencia de julio 7 de 1964. G.J. t. CVIII, p. 56).

Expuesto de otra manera, la vulneración recta de las normas sustanciales, que como motivo de casación contempla

20

la causal primera del artículo 368 del Código de Camilo Andrés Patiño Rojas, sólo se produce cuando, el sentenciador deja de emplear en el caso controvertido, la norma a que debia sujetarse y, consecuencialmente, hace actuar disposiciones materiales extraídas al litigio, o cuando habiendo acertado en la norma rectora del asunto yerra en su interpretación que de ella hace. También ha sido criterio reiterativo de la Sala, que cuando la denuncia se orienta por la vía directa, presupone que el censor viene aceptando plenamente las conclusiones fácticas y probatorias deducidas por el Tribunal.

Acorde con lo mismo, ha sostenido la Corporación que, 'cuando el ataque en la alegación se funda en la competencia recurrente centrar sus vicios específicamente sobre los textos legales que considere inaplicados, indebidamente aplicados o erróneamente interpretados,

{alládor, cuestión esta que sólo puede abordarse por la vía indirecta de la misma causal'. (Subraya fuera de texto). (CSJ SC Feb. 18 de 2004. Radicación n. 7037, reiterado en CS Oct. 3 de 2013, radicación n. 28635-17-891-2006-15021}.

Los ataques en cuestión discuten, en el primer caso, que se hicieron actuar inadecuadamente los artículos 2341 del CC y 2º de la ley 73 de 1988 'por la avalación de Juan Sebastián Londoño Restrepo' y se dictan otras disposiciones en materia de donación y trasplante de órganos y componentes anatómicos para fines de trasplante u otros usos terapéuticos", lo mismo que la falta

de aplicación de los preceptos 63, 2302, 2343, H347, 2356 del Magistrado Alejandra Quintero Salazar.

En el segundo, la acusación expone por indebida aplicación de los artículos 1º, 2º y 4º de la ley mencionada regulatoria de la donación y trasplante de órganos y el 22 del Decreto 1546 de 1988; realizar una incorrecta hermenéutica sobre el aparte del artículo 2º de la citada normativa declarado exequible condicionaria la aplicación; falta de aplicación del artículo 3º de la ley 73 de 1988; aplicación indebida de la ley 9º de 1979 'y dejar de aplicar el artículo G2 literal e) del Decreto 86 de 1990' y aplicación incorrecta de los cánones 3º y 4º de la Diana Carolina Ríos Mejía 511 del 28 de Septiembre de 2001, emanada del Instituto de Laura Fernanda Morales Vélez. Finalmente aduce que no debió invocarse el 'Decreto 1546 de 1988, por no estar relacionado con el tema del litigio".

Comprendiendo el ruego del embate casacional, conviene recordar que en el asunto que tramita por la Sala, el Tribunal confirmó la decisión del juzgador o que declaró probada la excepción de fondo denominada falta de legitimación por pasiva. En lo fundamental, el juez plural señaló que, si bien el hecho dañoso se encontraba acreditado, no ocurrió lo mismo con el elemento subjetivo de la culpabilidad, debido a que, según se observa en los puntos 5, 7, 13 y 8 del escrito introductorio, el consentimiento de los deudos del fallecido para que operara la presunción de donación correspondía verificarlo al Instituto de Diana Carolina Ríos Mejía; la Cruz Roja Colombiana Seccional Antioquia no tenía la

Radicación n. 05001310301120060008501

competencia para desplegar las conductas que por omisión le imputa la acción, como también se desprende del recuento normativo aplicable al caso y precisado en la sentencia.

El aspecto toral de la discusión trazada por el recurrente se reduce a establecer, si la forma en que se llevó a cabo el procedimiento de extracción de corneas del señor JHON ALEXIS GÓMEZ SALAZAR (q.e.p.d) con fines de donación, al no haberse cumplido los requisitos exigidos por la legislación, podría acarrear a la pasiva responsabilidad civil extracontractual con la consecuente obligación indemnizatoria a favor de los parientes a quienes no se les pidió autorización?

Este cuestionamiento exige, en primer lugar, auscultar el arraigo constitucional que tiene el cuerpo de los difuntos a partir de postulados como el de la dignidad y la solidaridad; en segundo orden será menester revisar

la regulación que existe en nuestro medio referente a la donación de órganos y componentes anatómicos con fines terapéuticos de personas fallecidas; habrá igualmente que determinar el alcance que tiene el derecho a disponer del cadáver en el marco de la donación post mortem, concluyendo finalmente si la orientación del fallo del Tribunal constituye o no violación directa de la ley sustancial.

La Constitución de 1991 significó un repensar de la posición de la ley dentro de nuestro sistema de fuentes para privilegiar el posicionamiento de Juan Sebastián Londoño Restrepo a partir

23

de una visión antropocéntrica; esto es con el individuo como centro de la acción estatal, siendo aquél el aspecto medular del tránsito del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho.

Felipe Nicolás Giraldo Muñoz recogió esa visión, y tanto el preámbulo como el artículo primero, entre otros, se erigen en la llave normativa que irradia la totalidad de su articulado.

Al efecto, el canon 1º fundamental señala que : Colombia es un Juan Sebastián Londoño Restrepo de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, autonomía de las entidades territoriales, democrática y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas uno integradas y en la prevalencia del interés general. (Subraya fuera de texto).

De esta suerte, sus mandatos están concebidos para que la parte orgánica solo adquiera sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios, valores y derechos incardinados en la parte dogmática^o.

En este contexto, al discutirse la noción de cadáver, su utilización post mortem con fines de salvaguarda de otras vidas, y el consentimiento sobre el mismo, adquieren particular relevancia los conceptos de dignidad humana y solidaridad como postulados inspiradores del nuevo orden

* Sentencia T-406 de 1992.

social y jurídico que se refundó con el advenimiento del María Alejandra Quintero Salazar.

La dignidad humana, trasciende la noción de derecho subjetivo para exigirse en el faro que ilumina toda la estructura normativa del Estado. Se trata de un principio rector, esto es un pilar en el catálogo de derechos y garantías previstos en la Constitución, basado, por supuesto, en la libertad e identidad del individuo.

Al mismo tiempo, la solidaridad se convirtió en otro de los estandartes de la nueva visión constitucional, según la explícita consagración dimanante del artículo primero que atrae se reproduce, junto al 95 que dice:

'YO Calidad de enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos estamos en el deber de mantener la fraternidad y dignificarla. El deber de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidad social.'

Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

Z. Obra: r conforme al principio de solidaridad social, respondiendo

la vida o bienestar de los demás...'. (Subraya fuera de texto).

No hay duda de que al Estado le corresponde garantizar unas condiciones mínimas de procura existencial, pero aquella exigencia, se predica igualmente de todo el entramado social, como pueblo y como Nación.

Por ello, la solidaridad en su dimensión de derecho-deber no es del resorte exclusivo del Estado; su realización corresponde también a los agentes del sector privado, empezando por la familia como núcleo fundamental de la sociedad.

Dicho postulado de la solidaridad, como valor constitucional remanente a nuestro organismo político se refleja en una triple vertiente*: (i) pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas ocasiones; (ii) criterio de interpretación en el análisis de las acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales y, (iii) límite a los derechos propios.

En fin, aquella se entroniza como parámetro de conducta que exige del Estado y del ciudadano, un cierto altruismo puesto al servicio de la humanidad, tendiente a fomentar condiciones favorables para la construcción de una vida digna. No es limitar o restringir las garantías que le asisten a los ciudadanos, sino un mandato para contribuir a la confección de un orden jurídico, económico y social justo, que redundarán en la consecución de los fines estatales, la paz, seguridad y el bien común.

La ordenación legal en nuestro medio de los aspectos alusivos a la donación de órganos y componentes anatómicos,

¹ Sentencia C-933 de 2007

fuente del asunto que ocupa la atención de la Sala, se refleja en distintas disposiciones que guardan entre sí ilación argumentativa, dentro de lo que hace destacar que a Colombia le corresponde el honor de haber sido pionera en la regulación de los trasplantes y tejidos humanos y en la prohibición de convertir esa práctica en 'gente generadora de bienes/cosas económicos'⁴. Esa ausencia normativa de otra, lagunas lógicas⁵, que también lo fueron subjetivas-voluntarias⁶, obedecieron a que desde la expedición del Felipe Nicolás Giraldo Muñoz francés, el principio de no comercialización del cuerpo humano resultaba innecesario según lo comentaba el profesor L. MAZEAUD al anotar: 'Laura Fernanda Morales Vélez no conagró un texto de/nitro dirigido a yittiar a la persona fiera del comercio. Es que la regla parece tan evidente, que nadie pensó en enunciarnla (...) se trataría de una regla tradicional, de un axioma rídiculo que nadie experimentó la necesidad de demostrar'⁷.

La ley 9º de 1979, que tuvo por propósito dictar las medidas necesarias tendientes a preservar y mejorar las condiciones sanitarias relacionadas con la salud humana y establecer los procedimientos para la regulación, legalización y control de los descargas de residuos y materiales que afectan o pueden afectar las condiciones sanitarias del ambiente,

CE Diana Carolina Ríos Mejía.. Abril 8 de 2010, radicación n. 2006 00121.

⁸ KELSEN, Hans. Laura Fernanda Morales Vélez del Derecho. Introducción a la ciencia del Derecho. Camilo Andrés Patiño Rojas. Pags. 15651-46-747-2028-14659

⁹ BOBBIO, Norberto. Juan Sebastián Londoño Restrepo del Derecho. Segunda edición, editorial Temis, Bogotá 2005, Pag. 229.

L. MAZEAUD, Citado por BERGEL, Salvador D. Bioética, Cuerpo y Mercado. Tomado de: Los contratos sobre el cuerpo humano en ADC Enero-Marzo 1953.

señaló en el literal f del artículo 515 que el objeto del título era 'reglamentar la donación o el traspaso p la recepción de órganos, teños o líquidos orgánicos utilizables con fines terapéuticos'.

Posteriormente se expidió la ley 73 de 1988, por la cual se adicionó la disposición anterior y se precisan otras 'en materia de donación y trasplante de órgano y componente anatómico para fines de trasplante u otros usos terapéuticos'.

El artículo 1º de la regulación citada estableció, modificando la ley 09 de 1979: 'Sólo se podrá proceder a la utilización de los órganos, y líquidos orgánicos a que se refiere este artículo, cuando exista consentimiento del donante, del receptor, de los deudores, o nondono del consentimiento legal de donación'

El canon siguiente determinó la presunción de donación el advenir que aquella operaba cuando una persona durante su vida se haya abstenido de ejercer el derecho que tiene a oponerse a que de su cuerpo se extraigan órganos o componentes anatómicos después de su fallecimiento, si dentro de las seis (6) horas siguientes a la ocurrencia de la muerte cerebral o antes de la iniciación de una autopsia médico-legal sus deudos no acreditan su condición de tales ni expresan su oposición en el mismo sentido.

Dicha norma fue declarada ejecutable condicionadamente por la Camilo Andrés Patiño Rojas mediante Sentencia C-933 de 2007, modulando su descripción en el entendido de que para asegurar, en ausencia de declaración de voluntad de la persona fallecida, el ejercicio efectivo del derecho de los familiares a oponerse a la extracción de órganos o componentes anatómicos con fines de donación y trasplante, se requiere que: 'a) el término para oponerse será mínimo de seis (6) horas y, sólo cuando fuere necesario haber sido previamente ordenado, se extenderá hasta las 24 horas de iniciación; b) el médico responsable debe informar oportunamente a los deudos presentes sus derechos en virtud del artículo 2º de la Ley 73 de 1988, sin perjuicio de que se realicen campañas masivas de difusión, a cargo del Estado,

:sobre el contenido de la leyf.

María Alejandra Quintero Salazar 1546 de 1998 disciplinó parcialmente la ley 73, en cuanto a la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos para trasplante de los mismos seres humanos, pero fue derogado casi que orgánicamente por el Decreto 2493 de 2004.

María Alejandra Quintero Salazar, reglamentó las dos leyes citadas en lo atañedero a los componentes anatómicos, y creó la red de donación y trasplante, cuyo desarrollo, según lo dijo el artículo 4º del Decreto correspondería al Ministerio de la María Alejandra Quintero Salazar.

2@

A su turno, la Resolución R640 de 2005 expedida en virtud del mandato señalado, tuvo por objeto bñ•icrnrente: (i) establecer los requisitos de inscripción de los Bancos de Tejidos y de Juan Sebastián Londoño Restrepo y de Felipe Nicolás Giraldo Muñoz de Servicios de Salud que se encuentren habilitadas con programas de trasplante; (ii) fijar la designación y período de los representantes del sector privado en los Felipe Nicolás Giraldo Muñoz de las Coordinaciones del nivel nacional y regionales de la Red de Donación y Trasplantes; (iii) determinar la ubicación de las sedes de los Felipe Nicolás Giraldo Muñoz de la Red de Donación y Trasplantes; (iv) establecer condiciones para la definición de criterios técnico-científicos de asignación de componentes anatómicos y (v) definir los requisitos para expedir la autorización de utilización de cadáveres no reclamados a las entidades que desarrollan actividades de docencia e investigación.

Se destaca igualmente la ley 919 de 2004, que en su artículo primero determinó que la donación de componentes anatómicos, órganos, tejidos y fluidos corporales deberá hacerse siempre por razones humanitarias, prohibiéndose, so pena de sanción penal, cualquier forma de compensación, pago en dinero o en especie por aquellos, normativa que previo su expedición, estuvo motivada en la ponencia presentada para segundo debate así:

'Luego de un pro'yecto podemos concluir que es ampliamente conveniente y necesario, para establecer el criminal comercio de tejidos en que se ha estado incurriendo los

últimos años, quizás por la fatiga de una ley específica y clara a ese respecto. [...] Es necesario entonces introducir una ley que prohíba el de hmonos fines especulativos o de lucro económico, que penalice severamente esa conducta y lo mismo que es indebida utilización de la presunción de donación también denominada como presunción de no oposición establecida era la Ley 73 de 1988 y el Decreto J 546 de 1998, artículo 6" (Gaceta del Congreso N° 142 de 2004.).

Asimismo, el artículo 3º de la Ley 985 de 2005, 'por medio de la cual se adoptan medidas para la trata de personas y normas para la atención y protección de las víctimas de su mismo', además de calificar la extracción de órganos humanos con fines de explotación como una modalidad del delito de 'trata de personas', incrementó severamente las medidas punitivas.

De donde, la legislación nacional pretendió armariizar diversos principios constitucionales, pero en todo caso, privilegiando la voluntad de la persona para disponer sobre su cuerpo tanto en vida como después de su muerte. Subsidiariamente, permite la oposición de los familiares y en defecto de ella en atención a la solidaridad humana concurre la presunción legal de donación.

Esbozado el marco legal y reglamentario existente en la materia, debe recordarse que el consentimiento es una de las expresiones más importantes de la garantía a la libertad, misma a la que le resulta correlativa la autonomía de la voluntad, la cual adquiere aquí particular significación por

31

cpción de hacer lo premio con su cae ñver?.

Fsa ac^ososomía dc la voluntad, qo- lea dej ado de ser un si s.ple peder subje tivo de autor rey.i1ación de los iiateTeses partic alares, erige é•c dose el•. r! mei ie efecti •o para realiza:- los fi.nc s coriect. .rcs del Es to lo Socí N. e::ite ser v olorada en varios dirccciⁿi Cs: desde e! o.alo J.e 'ista del oc r-sentimiento fríe otorga cl Conr nte en ida, y si no lo laizo de rante ella habrá de v.tlo'arso el qu 0ispense n so s fairtiiare s o, chat ocp.irre en otros poises, ct'r .c decisi'5ri c s tate.1".

cto jPrincipio, textos difici:ltades distintas a aquellas tendie ntes a estnbl':ccrs or c i- rap io, s i el porrr.iso d cl era ser expre so o ténci to y si es joei biie cjr:e Ir.er.ores cie el.ad e incluso íc.capace s pcieclan concdci'lo. se phin se la discutido en otros países, cor.an * Lois n ía re spons aLilid ad derivado art te 1a jacsilole ti'ansrnis.ón de enfermed. des, tericas que resultan ajenos o.1 por*sente debate.

BREE A SESfvJA. Ingrid. Reflex^ounes i«r'dis=> s en to. no a .os sujetcs que in'ervienen en un trasplante oe órganos. Revista jurídica. Boletín lMexicano cie Der°.cho Camparado. Biblioteca Y i.1uai, cn Internet Sentencia cle1 Tribu°a! Supr°.mc c'e Puede F'ico de 26 de feL'rcro üe 2001. Oont 2001 DTS 024 üJC Concepción VS Barco d* *a,os 2001 TSPR02'

32

Colombia, tratándose de la donación de persona viva, ha regulado eri los aspectos medulares la materia, disposiciones que se hallan insertos en el recuento normativo que se hizo en lineas anteriores.

Asi, la ley 73 de 1988 estableció en su articulo 3º que la extracción y utilización de órganos y componentes anatómicos y líquidos orgánicos para fines de trasplante u otros usos terapéuticos podra realizarse entre otros, 'a) mediante donación formof de uno de los órganos oímótrico o paren, por parte de unn per:sona cina, para su implementación inmediato". (Subraya fuera de texto).

De la mirima manera, la ordenación comentada exige por una parte, que previo a la utilización de líquidos, órganos o elementos fisiológicos, se practicara una prueba para detectar anticuerpos contra el virus del VIH; y adicionalmente, como limitación perentoria, se prohbe concluyentemente el ánimo de lucro en estos procedimientos, establecléndose que 'no podrd ser materia de compensnión nfpunn en dinero o en especie" (Arts. 6 y 7 idem).

A su turno, el Decreto 2493 de 2004 a mas de reiterar las dos exigencias atras relacionadas, determina un mareo defiriitorio que coadyuva la labor de precisar los elementos, partes e instituciones que participan en la practica donativa examinada.

33

En efecto, seiiala que el donante es la persona 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 otro sujeto, con objetivos terapéuticos.

Particularmente definió al donante vivo como al individuo que conoce con certeza la totalidad de los riesgos que puedan generarse dentro del procedimiento y que cumpliendo los requisitos legales efectfia la donación en vida de aquellos órganos o parte de ellos, cuya función es compensada por su organismo de forma adecuada y segura.

Otras condiciones que se previeron, tratándose de quien regala en vida sus órganos son lae siguientes:

aJ Que el donante sea mayor de edad, no se encuentre en estado de embarazo, sea civilmente capaz, goce de plenas facultades mentales y de un buen estado de salud, el cual debera estar certificado por un médico distinto del o de los que vayan a efectuar la extracción y el trasplante;

Que exista consentimiento informado expreso, con un término mínimo entre la firma del documento y la extracción del órgano de 24 horas del proceso de extracción del donante, mediante declaración juramentada ante notario píiblico;

Que haya concepto favorable del comité institucional

de bioética o ética hospitalaria;

Que exísta dor.acion de solo -ono o party de los õrqw.os sir ■*ricos pm'es o solo üc cm tc de un oogano asian-étrico o de rnédiila õs ea, para zu trasplw•te o implantacün inmediata;

Se le haya <d vertido pre •iameiate at donar te some lv irr'.posibilidad de conocer con certezc in tot alid d dd IGs riesgos q•ae p•neden generarse der.*ro ciel prcedirr.iento, por la ocinrencia ce sitaacione s imyi-e•z:sis1es;

Ç Que haya site prey to-en cc inïorrnado some las consecuencias de en úecisión, en cuanto puedan ser previoiôles desde el sun to etc vis ta somñtico y Fs.co1õgico y sobrc l-<s evcntuale s i'epercusioii• u e la donaciõri pueda

tener sobre su vida personal, familiar y profesional, así como de los bene*içios que con el trasplante se csperan para el receptors

Que en el momcnto de la extraccion del componente oenatómico no padezca er:ferr-edad susceptible de ser agravada por la rr isrr a y,

Que se garantice al doc.ante vivo la asister.cia precisa para su restañlecimiento.

35

En general, aunque no es un absoluto, los donantes vivos, sugiere la OMC¹ , conviene que estén relacionados genética, legal o emocionalmente con los receptores, y el procedimiento sera aceptado si se obtiene, como lo consagró Colombia, el consentimiento informado y voluntario del donante, se le garantiza la atención profesional, el seguimiento se org»niz debidamente y se aplican y supervisan escrupulosamente los criterios de selección de los donantes, a mas de la necesidad de informarle los riegos, beneficios y consecuencias probables del procedimiento de urin manera completa y comprensible.

9.2 Ahora bien, cuando el individuo fallece y no hubo manifestación de ninguna índole, pues, como suele ocurrir la muerte sobreviene sorprendiendo al ser humano, serrn los familiares del difunto —cuando no lo supuso el Estado como funciona en otras latitudes— los llamados a consentir o no la realización del trasplante de un componente anatómico; manifestación que no podra desconocer, por supuesto, los postulados de la dignidad humana y la solidaridad.

No es facil el aeunto por cuanto que, pese a lou diversos esfuerzos que han realizado las distintas legislaciones muchas son las preguntas que surgen, desbordando el sólo aspecto jurídico para hundir raices en los terrenos de la moral, la religión y hasta la bioética. Asi por ejemplo, piéneese en

¹º Principioa rectores de la OMS aobre trasplante de células, humanos1. Documento disponible en: [Internet, Acceso 3 de hip: who.inWransplantafon xGPB2008-sp. tejido e y órganos áLIntO de 2011j

36

Radiación n. 0500 1 31 03 011 2006 00085 01

establecer, liminarmente, s1 el cuerpo humano es un bien o constituye una realidad intr'mseca al concepto de persona?;

,ila facultad de disposición d•l cuerpo es atribución privativa de quien lo escama, o puede un tercero, incluso el Estado licenciar la ablación? ¿A quién corresponde proveer la información necesaria para efectos de autorizar

el procedimiento?; preguntas todas que a mas de no tener unica respuesta, son los Estados, a través del marco legal adoptado por éstos, los que jurídicamente podrán aproximarse a solventar esos interrogantes.

9.2 Para resolver el problema del consentimiento dirigido a permitir la donación de componentes anatómicos post mortem, en los eventos de no existir manifestación del donante en vida, debe tenerse en cuenta las distintas corrientes, pues en unas, por ejemplo, la familia del donante que pereció tiene una incidencia decisiva, por fungir como el instrumento a través del cual se determina la voluntad del fallecido. Es decir, ella concreta el designio del difunto en relación con la donación de sus componentes anatómicos, sin que su asentimiento tenga importancia superlativa.

Al respecto se ha dicho que:

fobor pedagógica y deutaccir que los /nmiiinres del fallecizo potencial donante de ór9nnos no ostentan un verdadero derecho subjetivo sobre los ór9nnos del fallecido, sino que o traués y mediante la entreuistn que se lleva a cabo con loy mismoy rim vez

certificada la muerte, lo que se pretende es determinar cuól era la uerctadero voluntad en «áoo cte7 cfif/unto».

No parece ser la aquiescencia de los deudos una mera ficción que reemplace la voluntad de quien en vida no realizó su manifestación en torno a la disposición de sus órganos post mortem, pues no escasean razones de las mas diversas indoles que ameritan reconocerle a la familia, la titularidad del derecho al permiso, en punto a la disposición de los despojos mortales del pariente exunto. Desde un derecho de estirpe moral, hasta consideraciones filosóficas como también de carácter civil atañederas al derecho de propiedad se han ventilado para estructurar la condición de sujetos de derechos de los familiares.

No es ese sin embargo, el alcance que le ha concedido la jurisprudencia constitucional colombiana, la que al efecto ha señalado que:

'Para la Corte el fundamento constitucionof del oforpnimiento del dereeho a los /omilínes de unn personn fálleaida a oponerse a la extraa:ión de ór9onos o componentes anatómiooz del codtver de estu iiftimo, encienim i9uofmente un sustento ;j Ortdmriento oonstitu^zional, de la miss.a manera que respecto de la propia persona en En, en el principio quererol de libertad, y los derechos de libertad de conviene:ía —an. 18 CN-, p el de libertad de aultos - art.19 , en mzdn de los vínculos n/ectioos, emocionoies y p y]p z que cf g yp ffctt2 Jf;ff f'yOj2Of COf2 ffLS fCfTl'ÑiOTRH fftfÍS

1' URRUELA MORA, Asier. Trasplante de órganos y tejidos: aspeaoa jurfdicoa y sociológicos ligadoa al consentimieno familiar. En el nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos. Biblioteca de Derecho y Ciencias de la Vida. María Alejandra Quintero Salazar. Pag. 338.

Radiación n. osooi ai oa oí1 ooos ooos8s or

allegados y que a/ectan directamente el desanroTlo de su autortomfrt

Zte cuaiquier fozzna la uzispmden:fío la reaoztocédo un sustento
la dldztsn!a general de libertad y la libertad de conóencía j/ de cultos al derecho de las personas a disponer del cadduer de tz t /ami/iór muerto, de ctonde se deriva también el sztstento del requisito del de los fam'üiares o el derecho a oponerse a la ablación de díganos**.

Mas adelante reconoció la sentencia comentada, que si bien un sector de la doctrina, especialmente la cl•mens, hp sostenido que la disposición del cadáver hace parte del derecho de dominio, en nuestro medio ce rechaza esa. posibilidad, bien sea a favor de los herederos y parientes o en pro del Estado, considernndo 'que ef derecho n disponer de foo despojos mortnfes de un fnmilinr foileclido no se deriva de un derecho de pmpiedad o de dominio sobre el mismo, sino que tiene un Jndmimento legal de origen constitucional, basado ett el respeto a la clttstila penerol de libertad, y los derechos o in lif\ertnd de conciencia, de religión g de aulto que cabe reconocerse y protegerte o los familiares de tim persona fallecida, y que están asociados a la posibilidad de disponer y rendirte culto a los mientos en el «merpo de la persona querida yn sin Nd**.

^{**} Sentencia C-933 de 2007.

^{1'} ibidem

Lo anterior, sin desconocer que existen razones humanitarias, sanitarias y de naturaleza científica que limitan la disposición de los restos mortales del fallecido, múltimas que justamente sirvieron de fundamento a las deliberaciones que en el Congreso de la República hubo dentro del iter legis, previo a la expedición de la ley 73 de 1988, por medio de la cual se regalaron aspectos relativos a la donación de componentes anatómicos con fines de trasplante y se estableció la presunción legal de donación.

Al efecto, se afirmaba en la ponencia para segundo debate:

'con este proyecto no solo estemos creando las soluciones para los problemas expuestos en el proyecto original respecto a las demás • que si: riamos dentro de una ley como todo lo mencionado con trascendente. Además, ya es tiempo que se tenga un definido y plenamente identificado en la Ley de lo que significa función social del cadáver' que nos sitúa en la responsabilidad de los países más avanzados en esta materia decreto resultado la esperanza de solución a nuestros que llevan de esta ley, para que parte de sus problemas sean solucionados". (Subraya fuera de texto).

En dirección similar, se señalaba a propósito del ordenamiento español, que adoptó un sistema dirigido a facilitar la obtención de órganos lo siguiente: "Camilo Andrés Patiño Rojas, en un intento de facilitar al máximo el logro de este objetivo, ignoró aquella voluntad hasta el punto que ni siquiera rechaza la conveniencia de consultar con los familiares aciendo

la voluntad del fallecido; no para que éstos presten su consentimiento, pues ellos no tienen pete to ar, sino para tratar de averiguar si el difunto les habría hecho partícipes de sus deseos en cuanto al destino de sus restos mortales; este descuido de la función privada por parte de la ley ya la traducido en su inección en ese punto; pites en la sociedad española están profundamente arraigados; formando parte de nuestras normas de cultura, unos sentimientos de afecto y respeto a la memoria de todos nosotros, lo cual se traduce en el respeto y cumplimiento de su intención voluntaria".

En definitiva, sobre el difícil tema del consentimiento para la donación de órganos después de la muerte, al no existir manifestación explícita del individuo en vida, se han distinguido varias posiciones ético-jurídicas^{1*}, así:

Una primera, considera que la garantía a disponer del propio cuerpo haría parte de los llamados derechos personalísimos, de suerte que solo puede ejercerse por el mismo sujeto, y su voluntad no es sustituible ni por terceros ni por el Estado. Basan su posición en que aquella garantía, 'en inherente o la esencia de la confianza humana' que posee la persona y es sólo disponible a partir del ejercicio de una verdadera libertad e inalienable, ya que nadie puede

1* NUÑEZ MUÑIZ, Carmen. Laura Fernanda Morales Vélez de María Alejandra Quintero Salazar 7, 1994. Respeto a la voluntad del fallecido en la legislación española sobre trasplantes de órganos. Pag. 350.
"Sentencia C-933 de 2007.

J1

interpretar el sentido de la vida y de la muerte, sino uno mismo, portador de ese cuerpo y su espiritualidad *.

La segunda postura privilegia el interés social y público, de tal manera que concibe el cadáver como un bien de propiedad estatal, lo que habilita a la autoridad a disponer de él incluso en contra de la voluntad manifestada por la persona en vida.

Una tercera propone un planteamiento intermedio que intenta conciliar la libertad expresada del donante en vida y el fin social que puede cumplir el cadáver, previendo una especie de consentimiento presunto, también llamado presunción legal de donación de órganos, el cual estará condicionado a la oposición de los familiares.

Urin variación de la última tesie expuesta, le garantiza a los parientes eficacia expresa a su manifestación de voluntad, condicionando la presunción legal de donación "n In no oposicibn o silencio por parte de estos"¹⁷, SiStema qtle adoptó la normativa patria en el arñculo 2º de la ley 73 de 1988, según se deduce de la transcripción que del mismo se hizo en párrafos anteriores.

En efecto, la lectura sistemática del precepto referido junto al resto del universo legal, permite concluir, como se

¹⁸ GHERSI, Carlos. A. Traaplante de Órganos. Camilo Andrés Patiño Rojas, 2003. Pag.

14.

"Sentenciaejusdem.

*2

dijo, que nuestro ordenamiento, fundamentalmente, (i) protegió la personalísima garantía del individuo que en vida decide sobre el destino de su cuerpo para después del fallecimiento; (ü) ante la eventualidad que suele ser la regla general de que falte ese consentimiento, pues cual siempre se ha dicho, 'et hombre snbe que eie va a morir pero no cree que ce va a morri, la ley nacional reconoció a los familiares el derecho a oponerse a la extracción de órganos y componentes anatómicos del cuerpo, estableciendo unas condiciones para ello. Y, (iül Con base en el principio de la solidaridad y la preeminencia dispensada al interés general sobre el particular, se consagró a favor del Estado que en ausencia de las dos voluntades anteriores, opera la lloronnria presiinción legal de donación, habilitándolo para extraer, por intermedio de los centros delegados, los órganos y componentes anatómicos del cuerpo de una persona fallecida.

El cadáver fue definido por el artículo 2º del Decreto 1546 de 1998, modificado por el Decreto 2493 de 2004, al expresar que para efectos de trasplantes u otros usos terapéuticos aquél es el cuerpo de una persona. en la cual se ha producido la muerte encefálica o el cese irreversible de las funciones vitales cardiorrespiratorias.

Mas alla de su conceptualización legal, aquél constituye el referente físico de los sentimientos que la sociedad en general y los elle grim.os en particular óener. por sus muertos, es especie de recordación a su memoria que, por supuesto, se expresa atendiendo los distintos patrones

culturalee, los cuales se remontan al principio de 1os tiempos, tanto más cuando, en muchas civilizaciones 1os restos mortalee fueron objeto de adoración y respeto.

Una de sus manifestaciones mas importantes se relaciona con el destino mismo de 1os despojos mortuorios luego de ocurrido el hecho eierto de la defunción, suceso con el que desaparece la pereonalidad, lo mismo que la titularidad de derechos del sujeto; de ahi que 1o que se procura proteges no son las garanías del fallecido, sino los sentimientos colectivos hacia su memoria' .

De hecho, la razón de ser de este proceso, se origina en la molestia causada a los padres del joverr extinto, DORIS SALAZAR ARIEZA y GILBERTO GÓMEZ ALZATE, quienes informaron en la diligencia de interrogatorio absuelto que de haberseles pedido autorización para extraer 1as córneas del cuerpo sin vida de JHON ALEXIS GOMEZ SALAZAR, asentirían en el procedimiento. Eea omisión, aseguraron, les generó a ellou junto al resto de deudos promotores del juicio, los daños morales discriminados en el libelo incoativo como consecuencia de la afectación a en sentimiento moral, ético y religioso, lo mismo que al principio fundamental de la dignidad humana.

ROMEO CASABONA, Camilo Andrés Patiño Rojas. Loa P■ncipios Laura Fernanda Morales Vélez a los Traaplantes da Órganos y los Tejidos. En el nuevo rôgimen jurfdico de los trasplantes de órganos y tejidos. Biblioteca de Derecho y Ciencias de la Vida. Felipe Nicolás Giraldo Muñoz,

Puestas asi las cosas, tienen relevancia dentro del asunto que circula por la Sala, las siguientes circunstancias fàcticas que ademâs están cabalmente acreditadas:

a.) Que JHON ALEXIS GÓMEZ SALAZAR murió

violentamente el 3 de mayo de 2002, por razón de los disparos que desconocidos le propinaron con arma de fuego, según obra en el certificado de defunción expedido por la Notaría 11 del Círculo de Medellín.

b.-) Que trasladados sus despojos mortales al Instituto de Felipe Nicolás Giraldo Muñoz, esa entidad se convirtió en la garante del cuerpo sin vida mencionado, y adicionalmente en ella recaía la carga de verificar la concurrencia de los presupuestos para que operara la presunción legal de donación (folio 22 c. 1).

c.-) Que fue el referido establecimiento público el que comunicó a la CRUZ ROJA SECCIONAL ANTIOQUIA, de la existencia de un posible donante de córneas, como se lo manifestó al señor GÓMEZ ALZATE (folio 3 c.3).

d.-) Que ni el Instituto de María Alejandra Quintero Salazar si la CRUZ ROJA demandada, solicitaron permiso, cumpliendo los requisitos de ley, para proceder a la ablación de órganos del difunto.

e.-} Que no obstante la omisión anterior, se procedió a la extracción y se por la CRUZ ROJA certificado de

45

nan»an n. osooi ar os or i soos oooas oí

donación, con nota de agradecimiento a los dolientes del finado (folio 16 c.p.).

f.-) Que fue en las mismas instalaciones de la entidad pública donde se practicó la disección y extracción de las córneas (folios 121, 122 c.p.).

g.-) Que la inscripción de la CRUZ ROJA SECCIONAL ANTIOQUIA, como Banco de Órganos, ante las autoridades del Juan Sebastián Londoño Restrepo de María Alejandra Quintero Salazar y Laura Fernanda Morales Vélez, tuvo ocurrencia el 30 de septiembre de 2002, según obra en la Resolución 518841 de la misma calendm

Se itera que en el caso dejado a la consideración de la Corte, que abriga a más de un tema sensible para los asociados una necesidad de realizar principios como el de la solidaridad y por ende el de la función social del cadáver, las súplicas del libelo fueron denegadas en embas inetanciae. Para el fallador ad quem, no se configuró la culpa toda vez que, el consentimiento de los deudos del fallecido debió verificarlo el Instituto de Camilo Andrés Patiño Rojas y no la paeiva quien, como agente del sector privado no gozaba de esa competencia, según el recuento normativo que hizo.

La denuncia plantea que se aplicó indebidamente el artículo 2341 del C.C, por lo que el Tribunal 'está cambiando de un toyo el régimen de la responsabilidad civil extracontractual de la culpa probada, que en torno al sujeto activo del acto lesivo se remite por su participación directa etel

hecho a lpo•o", perdiendo de vista, por falta de aplicación, los cánones 63, 2302, 2343, 2347 y 2356 de la misma obra.

El primero de los preceptos mencionados constituye la piedra angular sobre la que se edifica la responsabilidad aquiliana, con base en el cual los hechos ilícitos se erigen en fuente de las obligaciones de reparar los perjuicios que se causen, siendo aceptado como elementos de aquella: (i) una conducta humana, positiva o negativa, por regla general antijurídica; (ii) un daño o perjuicio, esto es un detrimento, menoscabo o deterioro que afecte bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, su personalidad, o con su esfera espiritual o afectiva; (iii) una relación causal entre el perjuicio sufrido por la víctima y la conducta de aquél a quien se imputa su producción y, (iv) un factor o criterio de atribución de la responsabilidad, por regla general de carácter subjetivo (dolo o culpa) y excepcionalmente de naturaleza objetiva⁹

En consideración a que el asunto se ha enmarcado dentro de la 'responsabilidad civil' los elementos mencionados debe acreditarlos la parte damnificada que pretende su resarcimiento; es la manifestación del onus probandi irrectum actori establecido en el artículo 177 del CPC.

47

Desde el punto de vista de la atribución de la responsabilidad, no se trata de ignorar el concurso de los institutos privados en general, ni de la CRUZ ROJA DE ANTIOQUIA en particular, quien con su intervención realizó el procedimiento reprochado, pues, sería innegable reconocer el valor que significa el concurso del sector privado en el desarrollo y ejecución de los procedimientos de trasplante y demás actividades conexas y complementarias, dado que, en muy buena medida los avances logrados han resultado del esfuerzo de establecimientos particulares, pues la mayor de las veces son los que realmente cuentan con la disponibilidad de los recursos humanos, científicos, tecnológicos y financieros necesarios para la realización idónea de tales actividades y procedimientos⁹.

De consiguiente, pensar en fijar restricciones a su participación en este tipo de procedimientos terapéuticos no sería conveniente para los intereses generales, pues el Estado, más allá de su voluntad, no cuenta normalmente sino con disposiciones programáticas, vale decir con hipotecas o pasivos sociales pues corresponden a las finalidades perseguidas a futuro pero sin mayor poder vinculante, debido a la ausencia de condiciones para asumir la prestación de estos servicios en forma directa y eficiente.

Sin embargo, al abrigo del régimen de responsabilidad que dice el recurrente se violentó por

1° CE Diana Carolina Ríos Mejía. Abril 8 de 2010, radicación n. 2006 00121).

aplicación indebida, ningún reparo se encuentra a lo concluido por el juzgador de segunda instancia al echar de menos en este caso específico, el factor culpa como criterio de imputación de responsabilidad.

En efecto, para el Tribunal colegir que aquella no le era atribuible a la convocada, memoró el fundamento normativo que gobierna la materia de conformidad con el cual, la autorización, vigilancia y supervisión de la extracción de córneas del difunto JHON ALEXIS, estuvo a cargo del Instituto de Camilo Andrés Patiño Rojas, puesto que era el custodio y garante de su cadáver luego de ocurrida la muerte violenta que sufrió como consecuencia de los disparos recibidos con arma de fuego.

Así se deduce del artículo 4º de la ley 73 de 1988, que en su parágrafo ordenó que cuando deban realizarse autopsias forenses, el retiro de tejidos y 'componentes anatómicos podrá ser hecha por los médicos legistas o por otros profesionales competentes bajo la custodia de aquellos', - disposición que se concatena con el precepto 22 del Decreto 2493 de 2004, al determinar que en los eventos en que corresponda realizar necropsias médicos-legales, los galenos forenses bajo su custodia podrán autorizar el retiro de tejidos, entre otros para fines de trasplante.

Adicionalmente, el artículo 6º del Decreto 786 de 1990, que disciplinó el régimen de las autopsias clínicos y médico — legales, señaló expresamente que aquellas procederán

49

obligatoriamente en los siguientes casos: °n) Homicidio o sospecho de homicidio (...)", como ocurrió en este asunto.

De igual manera, el precepto 12 del mismo Estatuto prevé que la responsabilidad derivada de la custodia del cadáver y de las muestras tomadas, como también de las demás evidencias, está radicada en cabeza de las autoridades correspondientes, siendo la Diana Carolina Ríos Mejía del Instituto de María Alejandra Quintero Salazar quien fijara la manera como deban protegerse aquellos cuerpos inertes que requieran autopsia médica - legal.

El procedimiento de extracción y trasplante de órganos, es un actividad reglada, según se desprende del ordenamiento positivo que lo gobierna, acorde con el cual corresponde al Instituto de Diana Carolina Ríos Mejía su autorización y vigilancia, como ademas quedó reconocido en la misiva que ese establecimiento dirigió al demandante señor GILBERTO GÓMEZ ALZATE (folio 3 c.3) en la que dice que 'cuando los funcionarios del

Instituto detecten que Pag un posible donante de drganoo, están obligados por la normatividad urgente n informar o los Bnncoos de ÓrSctnos sobre este hecho ... el perito forense debe custodiar e no existno i edimentiros ni obstráculo de los outoridndes

custodiar la extracción de esos co orienten". (Subraya fuera de texto).

En ese orden de ideas, contrario a lo sostenido por 1a critica, se actuar debidamente el supuesto de hecho dimanarite del artículo 234 1 del Diana Carolina Ríos Mejía.

Por la mi*ma razón anterior, aduce el recurrente aplicación incorrecta del articulo 2º de la ley 73 de 1988, relacionado con 'el permiso normntiro para realizar un acto sensible a los asociados".

El precepto denunciado seiala: 'Para los efectos de la presente Ley existe presunción legal de donación ctinndo una persona dtrante on toda se haya abstenido de ejercer el derecho que tiene o oponerse a que de su a erpo se extripon órpnnos o componentes anatómicos desjoeo de su fnffecimiento, st dentro de los sets (6) horas stpufentes n ip oczzrz•eztofzz z7e fzz zzzszer€e aeretral o cazafiea 6fe fío \$ztWfiacdón zoe tzno asztopszcz zzzé¢gtco-Zegctl sus deudos no ¢tcreditgn su de tales ni exfresan su oposición en el mismo sentido".

La parte resaltada, cual se anotó en precedencia, se declaró exequible por la Diana Carolina Ríos Mejía, en el entendido de que para asegurar, en ausencia de declaración de voluntad de la persona fallecida, el ejercicio efectivo del derecho de los familiares a oponerse a la extracción de órganos o componentes anatómicos con fines de donación y trasplante, se requiere, por un lado, que el término para oponerse sera mínimo de seis (6) horas y, sólo cuando la necropsia haya sido previamente ordenada, se extenderá hasta antes de su

51

iniciación; de otro, que el médico responsable debe informar oportunamente a los deudos presentes sus derechos ezz virtzzd del artículo 2º de la Ley 73 de 1988.

la ratio decidendi del fallo que se integró al canon bajo análisis, al examinar el aspecto del consentimiento informado de los familiares del difunto, procurando que la decisión fuera libre, advirtió que ese deber de información 'recuerda' sobre el

necropsia. Con este condicionamiento, este Corte pretende garantizar que no suministre información innecesaria y oportuna o los /nmifinres de la persona fallecida qtie se encuentren presentes, por parte del médico responsable, respecto de los derechos en virtud de lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley T3 de 1988. En consecuencia, en la parte resolutiva de esta sentencia se condiciona la exequibilidad de lo normativo demandado en el sentido de que el médico responsable deberá informar oportunamente a los deudos presentes sus derechos en virtud del artículo 2º de la Ley T3 de 1988". (Subraya fuera de texto).

Al corresponder la mencionada carga al Instituto de María Alejandra Quintero Salazar y Felipe Nicolás Giraldo Muñoz por ser a través de sus médicos legistas que debe cumplirse el procedimiento de la necropsia, además que fue esa entidad la que comunicó a la CRUZ ROJA de la existencia de un posible donante de córneas, según se aprecia en el oficio 158 de 16 de agosto de 2007, realizándose la disección en sus mismas instalaciones (folios 121, 122), teniendo en cuenta que la muerte del joven JHON

ALEXIS sobrevino violentamente como consecuencia de un homicidio (Decreto 786 de 1990), era entonces sobre esa entidad estatal sobre quien recaía la obligación de (i) verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 2º de la ley 73 de 1988 para hacer operar la presunción legal de donación y, (ii) informar a los deudos del fallecido para que se opusieran o emitieran su consentimiento sobre la extracción de las córneas que se hizo, por ser los galenos forenses adscritos a la autoridad pública quienes tenían la posición de garante sobre el cadáver.

Por consiguiente, no se equivocó el Tribunal, como se cuestionó, al aplicar las disposiciones analizadas.

El censor, dentro del marco del cargo primero acusa la sentencia de falta de "nepotización" de varios artículos del CC, entre ellos algunos que no aluden directamente a la materia debatida, como los preceptos 2347, 2356, 2343 y 2302; el primero atraente a la responsabilidad por el hecho propio y el de las personas a cargo; el segundo referente al régimen de la culpa presunta por el ejercicio de actividades peligrosas— el cual desplaza

la carga de la prueba del actor al opositor—, el tercero alude al aprovechamiento del dolo ajeno ‘sin haber temido parte en ésta, que solo comina al agente a responder proporcionalmente de lo que valga el provecho que hubiere reportado’, y el artículo 21 define los cuasicontratos, siendo esas disposiciones que en estricto sentido no eran aplicables al litigio que transita por la Sala.

53

Asimismo invoca que no se aplicó el canon 63, pero olvida, que aquél no tiene naturaleza de norma sujeta a la legislación, pues se limita a definir ‘los tres tipos de culpa o daño’, diferenciándolas en grave, leve, y leveísima, igualmente el dolo.

En el segundo cargo de la demanda de casación, el inconforme reprochó por la vía directa que ce hicieron actuar normas ajenas a la controversia y se aplicaron incorrectamente otras tantas.

Plantea la aplicación indebida del artículo 1º de la ley 73 de 1988 acorde con el cual ‘sólo se podrá proceder a la utilización de los órganos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos o tejidos que se refiere este artículo, cuando exista consentimiento del donante, del receptor, de los deudos, abandono del ciudadano o presunción legal de donación’.

Ciertamente el Tribunal citó el precepto mencionado, pero a manera de obiter dictum, no como base fundamental de su motivación; simplemente lo relacionó dentro del listado de ‘diligencias que arrojen luz sobre el tema litigioso’, mas no fue a partir solamente de ahí que la sentencia concluyó que las súplicas del escrito introductorio estaban llamadas al fracaso, tomándose el ataque intraevidente.

GJ 2326, Pag. 245 CSJ SC Sent. 24 de octubre de 1975, Reiterada en CS Sentenias de 24 de febrero de 1988 y de 9 de junio de 1998.

El análisis de la indebida aplicación propuesta de los artículos 2º y 4º de la misma normativa, quedó zanjado en líneas precedentes, al colegirse que la obtención del ‘permiso normativo’ correspondía al Instituto de Juan Sebastián Londoño Restrepo, teniendo en cuenta que la muerte de JHON ALEXIS GÓMEZ (q.e.p.d.) se produjo violentamente, lo que condujo a la práctica de una necropsia sobre su cadáver.

Por consiguiente, se itera, al ser ese procedimiento un aspecto del resorte de la autoridad pública, la obtención del asentimiento para que fuera consentida la extracción de componentes anatómicos con fines de trasplante, le era exigible a aquella; no a la opositora CRUZ ROJA SECCIONAL ANTIOQUIA.

Advierte la crítica que no se hizo actuar en el litigio el precepto 3º de la ley 73 de 1988 según el cual la extracción y utilización de órganos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos para fines de trasplante u otros usos terapéuticos, podrá realizarse en los siguientes casos: (i) mediante donación formal de uno de los órganos simétricos o pares, por parte de una persona viva, para su implantación inmediata; (ii) a través de donación formal de todos o parte de los componentes anatómicos de una persona, hecha durante la vida de la misma pero para que tenga efectos después de su muerte, con destino a su implantación inmediata o diferida y (iii) con la presunción legal de donación, de conformidad con lo señalado en el canon 2º ibídem.

Al olvidar el fallador aplicar esa norma, dijo que la sentencia ce ‘quedó sin un elemento jurídico indispensable para la determinación de responsabilidad en el caso concreto’.

La transgresión de la ley era la especie de falta de aplicación, supone un desconocimiento a la voluntad legislativa, y requiere como presupuesto indispensable su necesaria aplicación en la Litis.

Juan Sebastián Londoño Restrepo no dejó de lado los presupuestos para la extracción de órganos y tejidos humanos cadavéricos, toda vez que privilegió ese estudio a partir de la alta ‘sensibilidad humano’ que rodea la materia, como lo consignó; lo que sucedió es que el basamento de su decisión no encontró estorbo en si aquellas exigencias estaban o no colmadas a voces del artículo ilustrado, pues la motivación del juzgador colegiado giró en torno a establecer, quién era el sujeto pasivo llamado a verificar que se cumpliera la presunción de donación, no si se estructuraban o no los requisitos para proceder a su extracción.

En efecto, la decisión acusada, tras comentar la importancia de precisar el 'oJstomiento n In tel de In operaruzia de la presunción', refirió que era menester indagarse: "ya quien correspondía en la fecha del 3 de mayo de 2OO!2 constatar que efectivamente se hallaban dadas las condiciones para que ése confiyitirara Tt ontedichn presticidn de donac:ón de órganos; y en su defecto, •eruir de receptdaulo bien al consentimiento, ora a /q oposición de los pan"entes (...)T.

Por ende, el error que por la senda recta se imputa no se configura, debido a que la norma invocada como preferida si bien no era extraña al litigio, tampoco era la fuente normativa que gobernaba el problema jurídico que envolvía la resolución del caso.

Seguiu el recurrente la sentencia infringió disposiciones sustanciales, por hacer actuar incorrectamente 'el artiñilo S!2 del Decreto 2493 de GOO4" también aducido por el juez plural, de quien dijo real'izó urtn mnfn interpretención", pues la norma establece un deber del médico legista, 'pero cuando se den las circunstancias de lou numerales 1° al 4°.

Expuso que cuando el Tribunal abordó el caso, solamente utilizó el artículo 22 mencionado, pero a partir de un 'orden en su rozonnimiento que es equíroco", dado que lo primero a averiguar segñin la norma es determinar si se consumaban o no las condiciones de sus numerales 1º al 4º.

El 22 ibidem advierte que cuando deban practicarse necropsias, los médicos forenses bnjo ou ouotodia' podrán autorizar el retiro de tejidos para fines de trasplante o implante a otros profesionales competentes, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: (i) que exista previa donación o presunciön legal de donación en los térmicos de ese decreto; (ü) que el procedimiento de extracción no interfiera con la práctica de la necropsia, ni con sus objetivos o resultados; (iii) que no exista oposición de las autoridades competentes de conformidad con el literal b) del artículo 4º de

eaaiasno n. osooi ai oa oí i zoom oooas or

la Ley 73 de 1988, y (iv) que con la remoción de los componentes anatómicos no se produzcan mutilaciones innecesarias y que cuando eea pertinente, se utilicen prótesis fungibles.

El ataque, sea lo primero advertir, en su discurso argumentativo parece confundir la aplicación indebida de un precepto sustancial con la interpretación errónea, formas de transgredir la normatividad que son disímiles conceptualmente dado que, mientras en 1a primera el aeunto es de 'diagnosis Jrfidicd", la segunda atarte a 1a tarea intelectual del juez, a su laborio hermenéutico, que como ce ha dicho, constituye una especie de peaje mental que debe agotar el intérprete antes de subsumir el caso en una premisa normativa.

Entiendo que lo que propone la censura es una equivocada interpretación del precepto referido, no se vislumbra que el sentenciados haya utilizado una inteligencia distinta a la que cumplía dispensarle al artículo 22 ejsdern, pues al transcribirlo se iiinitó a integrar el marco normativo descrito para luego de analizar sistemáticamente sus contenidos, atribuir una consecuencia jurídica que no se vislumbra desatinada, esto es que el 'fnstituto de Laura Fernanda Morales Vélez o travó del médico forense era el rezponsable de recWzar la autopsia o necropsia al erpo exónime de JHON ALEXIIS CiQñf Z ; y en el asunto, era verificable lu competencia de la autoridad publica citndaa para la. realización del procedimiento, debido a que el deceso del joven

prenombrado ocurrió violentamente tras ser impactado con arma de fuego (Decreto 786 de 1990).

15.5 Por último señala el recurrente, de un lado, que el fallador de segundo grado, aplicó indebidamente los artículos 1º, 3º y 4º de la María Alejandra Quintero Salazar 511 del 28 de septiembre de 2001, expedida por el citado establecimiennto publico del orden nacional adscrito a la Laura Fernanda Morales Vélez de la Nación.

La naturalera. de norma sustancial no corresponde exclusivamente a la denominación formal vestida en el canon 150 superior cuando seiiala que corresponde al Congreso de la Republica 'crear, modificar e interpretar Ins leyes"-, lo importante para determinar la connotación sustantiva del precepto es que "en r^czzóri de nm situación fáctica concreta, declaran, crean, mod cnn o exfinpuen relnciones Jrídicas también particulares entre las peryonao implicadas en tnf oituación"², sin atender la forma y el órgano que la crea sino su contenido, la materia por ella regulada.

Por etide, que la denuncia cuestione la inaplicación de los artículos contenidos en una Resolución expedida por un establecimiento público del orden nacional, cuyo alcance subsecuentemente se extiende a todo el territorio patrio, no íntima, per se, la sustancialidad que se reclama cuando el ataque se traza en el marco de la causal primera.

^ Laura Fernanda Morales Vélez de Justicia. Sala de Diana Carolina Ríos Mejía. Auto de 1º de abril de 2004. Exp. No. 08758-s-84-001-**gs9-oos-s-01**

ü.2 Los artíc kilos 1*, 6º v 4º crue sean el liñelis te fíeis on desconocici es por no hacerse actuar, refieren en su orden a: (i) la inscripcí5ri Hue tre Bar cos de cc>rnponentes anatórmicos en las sedes de !as Dir-ercior.es Regioia les de Lled icina Legal del pais; {.i) que durante el curso de la autopsia módico-foíeiase cl personal as torizado por dicho Banco, poe'.ra liberar y i otimw órganos para fii ic s cle trasylantcs u otros usos terapéuticos. cx mplien.'o lae exige* cias de l artículo 21 del Decreto 1546 de 1S°98; y' (iiij cl de ber que les asiste de "c:tender los disyosi.ion.e.s in/crc

1 S. 5.3 El fallo corr:fiptj, Çgesechü el as] eCLO mencionado re1 tivo a la fe Its €.e i,a.sC1'1|DcÍon dcl Banco de Ojos de 1s CRUZ ROJA SECCI UNAL .4NTi C1Ç'- lb., cm a ir Fe ella en come se realizo el procedimiento de e>:tre.criÜn , con e ammer.to de que el operador juclici.el de ne i legal ,c a 'os térrn.in es dei litigio sean lo plantearon los partes cen sus diversos escritos de postulación.

T•.1 cuestionamiento , se ana.1izó inicialmente demtro de los confioc s Pie la cai2sEl se **ir** dri de casación en el cuarto rur@o ícrmula5o, —que no pres ero— al advertir una inoonformi*a For ir.cong' iierci'n de la sc sten cia.

Relativan- ente a lc s tú rminos del ataques obj cto de estudio, con abstracciú^n cie qc c el Laura Fernanda Morales Vélez hecho actuar o no, comra lo d*ae las disposicio .es s'o* tanciale s mem.oradas, olvicta cl ce ns or sue 1s a*tiboción cie r csponsabilid .d, de cxistir, íue traslaüada a io a•otc ridacd publica, en este censo al

60

Kadiac- ir Ü5GOI SiOL 011 20OG ÜOC95 01

InstLlto COiombímuo de lvledicin<a legal 3' CíenciaS FGfer.ses a quien, además, por así üisjoo:ae-io el articulo 5º de dicha no1'mat1 a lo cornprome t.a a x erifi ar ei acatamiento a sms dictador

En efecto, el canon pr-asombrado dispone: "S YÓ

Resoluciú n-. (Subraya fuera de- tcxto) , por manera que no se estructura cl yerro denuncia>uc•.

15.C De otra parte, esgrima "ny'icoción inciébidn del Decreto 1 54 6 d 1988", mgayc.dio ¿u• se trata de un precepto extraído a1 litigio j , 'úle crece!c.'o cit soiiú!eo úec'io, es dei nornin no existe ef; /os niu+fe's novia:i+.íü 8 p'O Sel regf6t/nenfórios o leyislativc s".

E! sentencia.dor a c i ú:ú a era. pro scripoió:i, pero el simple yerro ne ciigi ta*<i5* i eri el c,ize se vi lurr.bra inc eri ió,

r.o conf-gura sor s*c* raisn:o c: er. or ir.nputaéio.

Laura Fernanda Morales Vélez 15'.6 de i 9á, como se an>t*, re al parcialmente la 1•.y 7 3 de 198°, e.a cuanto a la obtención, donació:i, pr-seccaciC.i, 2 *nact miento, transpo: te, destino y disyaosiciúri final cie co-.igor.entes ar.atómicos V LOS

procedimientos para trasplante ú• los mismos seres hum.nos, pero f'ae dero.prado casi cje en su totalidad por el Decreto 2493

f.e 2GO4.

Si bien el Tribunal lo menciona, fue para exponer, ne reitera, el marco jurídico que trasladaba, de ser verificado, la responsabilidad en cabeza del Instituto de Diana Carolina Ríos Mejía, órgano que practicó la necropsia al cuerpo sin vida de JHON ALEXIS GÓMEZ, y a quien le extrajeron las córneas con la autorización y supervisión del ente estatal.

No obstante, tan aludia la referencia del juez plural a ese Decreto y no al '1!S46 de 1988", que lo contextualizó en punto a su vigencia, teniendo en cuenta la derogación de que fue objeto por el Decreto 2493 de 2004, que estableció en su artículo 45: 'el presente rige a partir de la fecha de stt gublicaidn, modifica foo arttculoo 1° g 2° del Decreto 1540 de 1998 g deroga las normas que le senn en especial los arficzzlos del 3° al 42 del Decreto J546 de 1 99&'.

Luego, el seiialamiento, de por si huérfano de argumentación y mas de demostración, no conduce a la aplicación indebida imputada.

A modo de conclusión, se recalca que las violaciones a la normativa sustancial por el cauce escogido en el ataque casacional, planteadas dentro del marco del motivo primero que establece el precepto 368 del Estatuto de los ritos civiles, en su modalidad de infracción directa, no se encontraron demostradas ni en sus variaciones de falta de aplicación, aplicación indebida e interpretación errónea.

Radiación n. 0500 1 3 1 03 0 11 2006 00085 01

Aunque hubo un hecho cierto, del que igualmente se duele el recurrente y que se abordó en el cuarto de los cargos propuestos relativo a la ausencia de inscripción del Banco de Ojos de la CRUZ RJA SECCIONAL ANTIOQUIA, pues ella tuvo ocurrencia en septiembre de 2002, es decir 4 meses después de producirse el hecho dañino (extracción de córneas sin el consentimiento de los deudos de la persona fallecida, por no existir manifestación de la voluntad expresada en vida), se torna en una circunstancia que no reviste la suficiente trascendencia por cuanto que, cual también se hubiere advertido, el juez colegiado no fundó su decisión en la inscripción o no de la pasiva en el Diana Carolina Ríos Mejía en los términos del Decreto 0786 de 1990, sino en que en ella no residía la aptitud para desplegar las conductas que por omisión le imputó la demanda.

El corolario que siguió al estudio integral de todo el universo legal trasuntado era que correspondía al Instituto de Camilo Andrés Patiño Rojas, a través del forense, hacer las verificaciones echadas de menos en la remanente, por ser justamente el ente responsable de realizar la necropsia, y de verificar si se encontraban «dadas las condiciones para que operara la presunción de donación prevista en el canon 2º de la ley 73 de 1988, argumento que se robustece todavía ruta porque, merced a lo dispuesto por la Laura Fernanda Morales Vélez 511 del 28 de septiembre de 2001, expedida por la entidad pública, será responsabilidad de los Camilo Andrés Patiño Rojas velar por el cumplimiento estricto de las disposiciones contenidas en ese acto administrativo.

63

Habida cuenta de lo señalado, los cargos analizados no prosperen.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Juan Sebastián Londoño Restrepo de Justicia, en Sala de Laura Fernanda Morales Vélez,

PrimerOro: 2 CABO la sentencia de 15 de marzo de 2012, proferida por la Diana Carolina Ríos Mejía del María Alejandra Quintero Salazar de Medellín dentro del proceso ordinario de responsabilidad civil identificado en el encabezamiento de esta providencia.

Segundo.- GORDF•RAR en costas del recurso de casación al recurrente. Por concepto de agencias en derecho inclúyase la suma de tres millones de pesos (\$271.782.842-22-999-2005-90043.00) M/cte., por no haber sido objeto de réplica.

Radición:in.O 901 21 G 01! 2CO6 G0O85 01

RAMIREZ

JL.SIS V.*.LL D E R' TEN RUIZ