



ANÁLISIS SOCIOJURÍDICO COMPARADO DEL TRÁFICO DE ÓRGANOS EN EL EJE CAFETERO ENTRE LOS AÑOS 2000 A 2015

**Melissa Urrea Orrego
Código: 4020118735.**

**Leonardo Giraldo Alzate.
Código: 4020118708.**

**Universidad de Manizales
Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales
Programa de Derecho
Manizales, Colombia**

ANÁLISIS SOCIOJURÍDICO COMPARADO DEL TRÁFICO DE ÓRGANOS EN EL EJE CAFETERO ENTRE LOS AÑOS 2000 A 2015.

Trabajo de grado para optar al título de Abogado

Director

Doctor: Rodrigo Giraldo Quintero

**Universidad de Manizales
Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales
Programa de Derecho
Manizales, Colombia**

Tabla de contenido

Resumen.....	1
Introducción	3
1 Planteamiento del problema.....	5
2 Justificación	8
3 Objetivos	13
1.1 Objetivo general	13
1.2 Objetivos específicos	13
4 Antecedentes de estudio.....	14
5 Marco teórico	17
5.1 Datos Históricos.....	17
5.1.1 nacionales.....	17
5.1.2 locales.....	18
5.2 Bases Teóricas.....	18
5.2.1 Los Derechos Humanos	19
5.2.2 Derecho internacional Humanitario	20
5.2.3 Derechos fundamentales	21
5.2.4 Derecho a la salud en Colombia.....	23
5.3 Marco legal.....	25
5.3.1 Donación de órganos.....	25
5.3.2 Principios rectores de la OMS sobre trasplante De órganos humanos.....	25
5.3.3 Ley 9 del 1979.....	27
5.3.4 Ley 73 del 1988.....	28
5.3.5 Ley 919 de 2004.....	28
5.3.6 Decreto 2493 de 2004	29
5.3.7 Regulación del tráfico de órganos en el derecho comparado.....	31
6 Marco contextual.....	35
7 Método de investigación	37
8 Diseño operativo	38

8.1	Análisis de la normatividad nacional y comparada con los países: Venezuela, Argentina, Italia y España, en materia del tráfico de órganos entre el año los años 2000 a 2015	38
8.2	Consulta en las fiscalías departamentales, juzgados penales y fundaciones acerca de las denuncias o quejas, recibidas y cuál es su esquema de atención a la luz del derecho comparado. 38	
8.3	Descripción de los casos que se han presentado en Colombia y en los países susceptibles de comparación en lo pertinente al tráfico de órganos.....	39
9	Capítulo I.....	40
	Análisis de la normatividad nacional y comparada en materia del tráfico de órganos entre los años 2000 a 2015	40
9.1	Análisis de la Legislación Colombiana.....	40
9.1.1	Ley 9 del 1979.....	41
9.1.2	Ley 73 de 1988.....	42
9.1.3	Decreto 1564 de 1988	43
9.1.4	Decreto 2493 del 2004	44
9.1.5	Ley 919 de 2004.....	45
9.2	Análisis del tráfico de órganos derecho comparado.....	51
9.2.1	Argentina.....	53
9.2.2	Venezuela.....	54
9.2.3	Italia	55
9.2.4	España	56
10	Capítulo II	58
	Consultas a fiscalías y fundaciones, de las tres capitales de la región cafetera, para obtener el esquema de atención a las víctimas de la región cafetera, a fin de determinar frente a otros países	58
11	Capítulo III.....	61
	Descripción de los casos que se han presentado en Colombia y en los países susceptibles de comparación en lo pertinente al tráfico de órganos.....	61
11.1	Argentina.....	61
11.2	Italia	62
11.3	España	63
11.4	Colombia.....	64
12	Conclusiones	66
13	Datos bibliográficos	69

Resumen

En esta investigación se analizó un tema tan complejo, como lo es el tráfico de órganos, el cual desde que la medicina dio ese paso científico, ha sido la mejor opción para muchas personas que requieren un trasplante, sea para mejorar su salud o simplemente subsistir. En Colombia como en muchos otros países, la población vive índices de precariedad, situación que los hace vulnerable, frente al Estado y las demás personas. El anterior hecho, hace que estas personas sean un blanco fácil para las organizaciones delincuenciales que se dedican al trasplante de órganos. Pues, ellos saben que a cambio de cualquier suma de dinero, estos individuos por suplir una necesidad básica para ellos o por salirse de deudas, son capaces de ceder cualquiera de sus órganos, a fin de mejorar sus condiciones económicas.

Debido a los casos presentados en noticias televisivas y periodísticas, informando que en el eje cafetero, como también en muchas partes del mundo, habían encontrado cadáveres a los cuales les hacía falta alguno de sus órganos y, además, de presuntas desapariciones de personas que sin dejar un sólo rastro; sus familiares sospechaban que fueron raptados por extranjeros, con fines de extracción y comercialización de sus órganos corporales. Lo anterior hizo que se prendieran las alertas para esta investigación, en la cual se comenzó por establecer cuál había sido el desarrollo legislativo en Colombia frente al tema y también, cómo está en la actualidad el país, desde el aspecto legislativo interno y en derecho comparado respecto de cuatro países más, dos del viejo continentes y los otros dos Latinoamericanos frente a ese flagelo.

En relación con el Estado Colombiano, es menester afirmar que, éste ha venido teniendo un desarrollo positivo en su legislación acerca del tráfico de órganos, ya que desde el ámbito civil, penal e institucional, sus mandatos y procedimientos, responden de manera eficaz a las necesidades de las personas que requieren un trasplante; cerrando de este modo, cualquier brecha que pueda surgir. Como lector usted va a encontrar en los siguientes capítulos qué hay alrededor del tráfico de órganos en nuestro país, en materia de legislación y antecedentes, así como también, sabrá de una manera global y a la vez articulada, como éste tema fue articulado con base en los preceptos del Estado Social y Democrático de Derecho, e informando cuáles son los mecanismos

óptimos que brinda el Estado Colombiano a los ciudadanos que en algún momento requieran un trasplante, con el fin de mejorar sus salud o de conservar la vida.

Palabras claves: Tráfico de órganos, delito, derecho a la salud, contrato corporal, consentimiento, lucro, trasplante de órgano.

ABSTRACT

In this research a complex issue was discussed, such as the trafficking of organs, which since that scientific medicine gave way, was the best option for many people who need a transplant, either to improve their health or simply survive . In Colombia as in many other countries, the rates of population lives precarious situation makes them vulnerable, against the State and others. The above fact makes these people are easy targets for criminal organizations engaged in organ transplantation. Well, they know that in return for any money, these individuals meet a basic need for them or to get out of debt, are able to assign any of its organs, to improve their economic conditions.

Because the cases presented in television and newspaper reports, stating that in the coffee, as in many parts of the world, they found corpses which made them any lack of organs and also of alleged disappearances of people without leave a trace; They suspected that their relatives were kidnapped by aliens, for the purpose of extraction and marketing of their bodily organs. This caused the alert to this investigation, which began to establish what was the legislative development in Colombia towards the subject and also how is currently the country from internal legislative aspects and comparative law catch fire for four more countries, two of the old continents and two Latin American against this scourge.

In connection with the Colombian government, we must say that it has been taking a positive development in its legislation on organ trafficking, since from the civil, criminal and institutional level, their mandates and procedures, respond effectively to the needs of people requiring a transplant; thus closing any gap that may arise. As a reader you will find in the following chapters what's around'órganos traffic in our country, in terms of legislation and history, as well as, you know in a comprehensive manner and also articulated, as this issue was articulated based in the precepts of social and democratic state of law, and reporting mechanisms are the best offered by the Colombian government to citizens at some point require a transplant in order to improve their health and even of life are.

Introducción

Con el avance de la ciencias médicas, en lo concerniente al trasplante de órganos, ha dado pie para que muchas personas a través de esta práctica, tengan una esperanza de vida; pero también ha hecho que otras, vean en ese progreso científico una oportunidad lucro; El Eje cafetero, con sus Departamentos: Quindío, Risaralda y Caldas; no ha sido del todo indiferente con esta situación, pues, por ser ésta una región turística y de paso, se vuelve atractiva para muchos extranjeros que arriban a Colombia en busca de un órgano. En dichos hechos, se vuelven cómplices: La pobreza, el desconocimiento, la complejidad de un trasplante y la misma indiferencia por parte del Estado, ya que con su asentimiento, ponen en riesgo la población Colombiana, especialmente los habitantes de la Zona Cafetera.

Con este escrito se pretende inicialmente, contribuir al conocimiento de un tema tan árido, como lo es el tráfico de órganos humanos, como también brindar herramientas conceptuales y jurídicas que permitan realizar un análisis concienzudo, del desarrollo legislativo en Colombia en dicha materia, en contraste con países como: Venezuela, España, Italia y Argentina; de los cuales, en algunos ya hay casos debidamente denunciados de extracción de órganos con fines lucrativos. Para realizar el análisis socio jurídico del tráfico de órganos se hizo un investigación de tipo exploratoria, cualitativa; la cual nos indicó, como se puede notar a lo largo de éste escrito que, la regulación jurídica, tanto en el ámbito penal como en el civil, no ha sido la misma, pues, todos los ordenamientos jurídicos del mundo, manejan posturas diferentes frente al tema. Así las cosas, se comenzará exponiendo y analizando la legislación Colombiana que ha surgido frente al tema, analizando luego, el mismo tema, a través del derecho comparado en países ya mencionados

Aunque en esta investigación se hará una revisión, tanto de la legislación con la que cuenta Colombia en la respectiva materia, como también legislaciones de otros países sobre el mismo asunto. Es necesario para contextualizar, como es bien sabido, decir que Colombia cuenta con la Red de Donación y Trasplantes de Órganos y Tejidos, la cual fue creada por el Ministerio de la Protección social en el año 2004. Ésta es la encargada de las entidades que asumen los procesos de donación y trasplante en el país. El Instituto Nacional de Salud por medio de la Resolución 214 de marzo de 2005, y de acuerdo con el Decreto 2493 del 4 de agosto de 2004, resuelve crear el grupo de donación y trasplantes, el cual tiene a su cargo la Coordinación Nacional de la Red de

Donación y Trasplantes. Al mismo tiempo se mostrará qué papel juegan estas entidades, con relación a la ley 919 de 2004

También nos ocupamos en esta investigación de exponer y analizar, cómo ha sido el desarrollo Legislativo en Colombia respecto al tráfico de órganos, tomando como base el derecho comparado que será aplicado en dos países del viejo continente y los otros dos de países latinoamericano. Del mismo modo, se evalúa la posición que tiene el poder legislativo y judicial en nuestro país, de cara al derecho a la salud, a la vida y a la libertad. El primero, por el que suscita esta práctica médica, el cual se encuentra consagrado en el artículo 49 de nuestra carta política.

Con el transcurrir de los años, el derecho a la salud ha cobrado importancia especial, puesto que se ha convertido en un derecho fundamental e inviolable, tal y como lo demarca la sentencia T-760 de 2008 con magistrado ponente Manuel José Cepeda, esto es, un derecho autónomo; aunque siempre va a estar ligado íntimamente con el derecho a la vida; pero, mirándolo desde esta perspectiva se agilizan muchos procesos, en este sentido, es necesario ser conscientes de la importancia de este derecho.

Es así como con esta investigación, el lector va a contextualizarse acerca de lo que hay alrededor del tráfico de órganos en nuestro país, en materia de legislación y antecedentes, permitiendo ser visto dicho tema de una manera global y a la vez articulada, ya que se relacionara los preceptos del Estado Social y Democrático de Derecho, aludiendo a aspectos importantes de concernientes a los Derechos Fundamentales e informando cuales son los mecanismos óptimos que brinda el Estado Colombiano a los ciudadanos que en algún momento requieran un trasplante, con el fin de mejorar sus salud o de conservar la vida.

1 Planteamiento del problema

Como seres humanos nacimos con profundas necesidades de bienestar, alimento, salud, techo, entre otras; lo anterior nos lleva necesariamente a tener que tomar decisiones permanentemente que nos conduzcan a la satisfacción de las mismas, pero como no lo han enseñado: la familia, la escuela y la sociedad con sus instituciones, cualquier acción que se encamine a suplir dichas necesidades, debe respetar de antemano los derechos fundamentales de las demás personas, ya que son aquellos los que nos permiten identificarnos como individuos sujetos de derechos. Lo anterior sería lo ideal en cualquier sociedad, pero como bien sabemos en nuestro país y en muchos otros que abordaremos más adelante, algunas personas, unas llevadas por la conservación de su salud y vida y, otras movidos por la ambición de obtener grandes cantidades de dinero a costa del sufrimiento de muchas familias, llegan a realizar actos de barbarie en contra de las demás personas. Como lo expresa Maquiavelo (s.f)“el fin justifica los medios” Pareciera que muchas personas no les importara la forma en la que satisfacen sus requerimientos, ya que así, sea violentando y/o desconociendo los derechos que tienen los otros individuos, se apropian de manera atroz de bienes que no les corresponden, para lograr un fin sin importar los medios que se deban utilizar.

En la actualidad, los avances tecnológicos que han presentado las ciencias médicas en cuestiones de salubridad, se remontan a inicios del siglo XV en donde se contemplaba la idea de reemplazar un órgano humano en buen estado por otro que tuviese algún problema en su funcionamiento, dicho avance aplicado ha hecho que pasemos de la satisfacción de una necesidad fisiológica a una propuesta mercantil, dado que no hay una cultura de donación en países como: Colombia, España, Venezuela, Argentina, e Italia, lo anterior dificulta mucho más la situación de salud de muchas personas que requieren con urgencias un trasplante de órgano. Es ahí en donde surge una oportunidad económica para los traficantes de órganos, ya que al no haber cultura donante por parte de los ciudadanos, los órganos escasean, obligando a las personas de algún modo a adquirir sus órganos en medio de la clandestinidad e ilegalidad, pagándoles altas sumas de dinero a los traficantes con el fin de que les consiga prolongar su existencia.

Lo anterior da pie al surgimiento de organizaciones clandestinas dedicadas a la sustracción, almacenamiento y comercialización de órganos, que tienen como beneficiarios (clientes) a

personas que cuentan con la suficiente capacidad económica para pagar por ellos. Ello ha generado un problema jurídico-social, toda vez que dichas personas: secuestran y posteriormente asesinan a sus víctimas para extraerles sus órganos y así poderlos vender al mejor postor, lamentablemente, a las personas que se les sustraen los órganos viven regularmente en condiciones precarias, pues son ellos los favoritos para los delincuentes por su alto grado de vulnerabilidad y por la invisibilidad que los caracteriza frente a la misma sociedad y el Estado.

En ese sentido podemos encontrar como personas en alto grado de vulnerabilidad a los habitantes de la calle y también quienes no tengan un arraigo definido (caminantes), en tanto que no tendrían como hacerse ver frente a la sociedad y las mismas instituciones, y sus familiares tampoco contarían con pruebas contundentes que logren encontrar los móviles de su desaparición. Estas personas no son las únicas atractivas para estos delincuentes, ya que pueden aprovecharse también de habitantes que estando en una zona definida, no cuentan con dinero suficiente para poder subsistir, dándoles la oportunidad a los traficantes de ofrecerles míseras sumas de dinero a éstas personas a cambio de su órgano, sea que se los extraigan en el país o en el exterior.

Es así, como nos enfrentamos a un problema que toca directamente a las instituciones del Estado, a particulares y en general, al parecer, a toda la población colombiana, en especial al eje cafetero, por ser una región de paso, propicia la estadía de muchos extranjeros. Se observa que cada día estas organizaciones se fortalecen más gracias a la tolerancia y poca observancia de muchos Estados, entre ellos el nuestro; el ejemplo es que apenas en el año 2004 se expidió la ley 919, por medio de la cual se regula el tráfico de órganos como un delito, aún con la expedición de ésta ley, quedan muchos vacíos respecto al tema que no son más que prerrogativas para los individuos que se dedican a la realización de ese flagelo, el cual se presenta nivel mundial y es por esto y, todo lo demás, que merece toda la atención por parte de la ciudadanía y el Estado.

Causa curiosidad el asunto, porque en repetidas ocasiones han salido por los medios escritos y televisivos, noticias que aseveran acerca de personas que fueron halladas muertas, y luego de realizarles la autopsia se encuentran que les extrajeron sus órganos vitales; sabemos por otros países - presuntamente por el eje cafetero-, que los costos de un órgano son muy altos y la posibilidad de encontrar un donante es muy escasa. Ello les da la oportunidad a los traficantes de pedirle al beneficiario altas sumas de dinero a cambio de un órgano que posiblemente le salvará la vida. Además, los traficantes corren el riesgo, que al momento del trasplante, el

sistema inmunológico del receptor lo rechace (suministrado de la página de la red de trasplantes de la Gobernación de Antioquia) (s.f) como también lo siguiente “a temperaturas bajas, lo que les asegura la viabilidad por un tiempo determinado. Así, en la actualidad, el corazón es viable para ser trasplantado hasta en un tiempo aproximado de cuatro (4) máximo seis (6) horas, el Hígado: ocho (8) máximo doce (12) horas, los riñones: alrededor de las veinticuatro (24) a treinta (30) horas”, ello obliga a los traficantes a realizar este procedimiento de manera ágil a la persona, sea viva o no para extraerle sus órganos. En efecto en cuanto al tráfico de órganos, se han encontrado innumerables pruebas que señalan los tratos degradantes que se hacen a las personas; tales como las mutilaciones, torturas y demás hechos aberrantes para la sociedad y que la han dejado en situaciones paupérrimas a muchas familias en el mundo, especialmente en los países subdesarrollados.

Pregunta problemática:

¿Cómo interpretar en clave sociojurídica comparado el tráfico de órganos, a partir del estudio realizado en el Eje Cafetero entre los años 2.000 a 2015?

2 Justificación

Con esta investigación se pretende, como primera medida, aportar al conocimiento de la sociedad frente a un tema del cual se ha venido especulando mucho en Colombia; especialmente en la región cafetera, que está comprendida por los Departamentos del: Quindío, Risaralda y Caldas. De manera que para los habitantes de dichas regiones se hace necesario que conozcan, así sea someramente, el modo de operar de esas Organizaciones, además de la legislación que regula en asunto, del mismo que se ilustra si éstas organizaciones delictivas operan a nivel mundial, nacional y para el caso concreto departamental; ya que le permite a la sociedad acercarse a una realidad que parece ser invisible para el Estado Colombiano, pero que gracias al precedente nacional, fáctico internacional y jurídico de otros países, advierte de las operaciones que constantemente desarrollan estos traficantes de manera despiadada, pueden estar influyendo funestamente en nuestro país, especialmente en la región cafetera

Los habitantes de Colombia, más que tener una simple información periodística de este flagelo, tienen el derecho constitucional de saber de qué se trata dicha actividad delictiva, para que así puedan dimensionar las consecuencias y enterarse a través de esta investigación a que se enfrentan ellos y sus familiares. Además de eso, la sociedad debe conocer, no sólo el aspecto criminal de este asunto, sino que también debe comprender cómo es el trámite a la luz de la normatividad vigente y si éste responde efectivamente a la necesidad de muchas personas que requieren un órgano o tejido para conservar sus vidas. En ese orden de ideas, este tema se torna de sumo interés para cualquier persona y más en un Estado Social y Democrático de Derecho como lo es el nuestro, en la medida en que la donación de órganos ha venido a constituir un derecho innegable para la persona humana, así lo respalda nuestra carta política en su artículo 49 como también la sentencia T-760 del 2008, en donde el magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, en dicha jurisprudencia manifiesta la importancia de ahondar en materia de derechos humanos, que si bien están especificados en nuestra legislación, no podemos desconocer los abusos que se han hecho desde tiempos remotos hasta los nuestros, como lo es en el caso específico del tráfico de órganos, que está tipificado en la ley 919 de 2004, la cual tiene como encabezado lo siguiente *“por medio de la cual se prohíbe la comercialización de componentes anatómicos humanos para*

trasplante y se tipifica como delito su tráfico”, también estipula que la donación de órganos debe ser voluntaria y no se podrá recibir ningún tipo de remuneración.

Dada la poca cultura acerca de la donación, es necesario que la sociedad entienda la importancia de ser más solidarios, ya que es en algunos casos la ausencia de ése valor la que aprovechan los delincuentes, los cuales movidos por sus intereses económicos rompen la tranquilidad de la misma, violentado a los individuos y arrebatándoles su calidad de vida y hasta su existencia, de manera que es sumamente necesario dejar un precedente investigativo que le permita a la comunidad conocer las causas, las consecuencias y el tratamiento jurídico que se le ha realizado a un tema tan complejo, como lo es el tráfico de órganos.

Por otro lado, es de suma importancia esta situación (tráfico de órganos) desde el punto de vista jurídico, ya que ha sido un tema que se ha manejado ocultamente, haciéndolo casi imperceptible ante la sociedad y las autoridades; ello obliga tanto al órgano legislativo como a las altas cortes, a no ser indiferentes ante dicha manifestación social, toda vez que ellos tienen el deber constitucional de no ignorar éstos sucesos, aún más cuando se conoce que violenta tajantemente los derechos de las demás personas, tal y como lo muestra el caso que nos ocupa. El aspecto criminal que lleva consigo dicho flagelo, comenzó a ser regulado en Colombia desde la ley 73 del año 1.988, que modificó la ley 9 de 1979, que dice “regulando en materia de donación y trasplante de órganos y componentes anatómicos, para fines de trasplante y otros usos terapéuticos”. Desde allí el congreso y los magistrados de las altas cortes, tímidamente comenzaron a poner sus ojos en el tema, por ser éste novedoso en nuestro país. Como Sanguino (1987), manifiesta-“El palpitante y controvertido tema del tráfico de órganos humanos adquiere cada día mayor dimensión. Éste tópico guarda una relación estrecha con el surgimiento de la nueva técnica médica de los trasplantes, la cual por su parte implica una posibilidad de mantener, mejorar y defender la vida humana, lo cual significa en el fondo, la solución de un problema profundo de contenido social, que por ende interesa a los fines del Estado”

Acerca de las incidencias del tráfico de órganos en el mundo del derecho, el entonces procurador delegado ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Farfan(2006) aduce lo siguiente“ Con posterioridad al advenimiento de esta realidad afortunada para el mejoramiento y conservación de la vida de los hombre, se generan una serie de inquietudes que interesan igualmente a juristas, teólogos, científicos y filósofos en

todas partes, y que necesariamente debían ser resueltas de acuerdo con la concepción jurídica y ética predominante en cada medio social. Así las cosas todos los países abordaron la regulación jurídica del nuevo fenómeno, surgiendo entonces lo que se conoce en el mundo como leyes de trasplantes o códigos sanitarios”.

Con la práctica del trasplante de órganos, se presenta un aspecto del Derecho Civil y otro del Derecho Penal: en cuanto al primero se debe decir que tiene su génesis en un negocio jurídico, pues las partes contratantes conviene un objeto y un precio, es decir, se celebra una compraventa, en palabras de Ospina (1983): el negocio jurídico es “ la manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos; esto es, a crear, modificar o extinguir obligaciones” de modo que en la anterior situación, una parte se obliga para con la otra entregar una cosa (órgano) y la otra a pagar un precio. Ahora, en el caso concreto para que el negocio jurídico se dé, no es suficiente que las partes lo consientan, sino que además requiere que aquel sea válido y para ello debe reunir unos requisitos esenciales, entre ellos están: el objeto lícito, el cual está definido por Ospina (1983) de la siguiente manera, “...éste consiste básicamente en que las prestaciones estipuladas por las partes deben ser lícitas, lo cual equivale a decir que no sean contrarias a la ley, al orden público y a las buenas costumbres”.De manera que por su naturaleza, el negocio jurídico sufriría de nulidad absoluta del acto, ocasionando esto, que las partes se encuentren imposibilitadas de exigir un eventual cumplimiento.

Lo anterior, es sólo un ejemplo de los tantos que se pueden presentar desde la legislación civil, no obstante hay otras situaciones como son: el contrato de donación de órganos a título gratuito y el contrato de permuta de órganos humanos; de los cuales no hay un desarrollo jurisprudencial ni legislativo claro en Colombia; comparándolo con otros países: como Italia en Europa y Chile en Latino Latinoamérica, estos dos se han ocupado juiciosamente del tema, ya que entienden que como Estados es necesario ahondar en dicha problemática que comporta una enorme responsabilidad del estado, en tanto que éste es el garante de los derechos humanos y que no puede ser, por su indiferencia frente al tema, un patrocinador de actividades delictivas.

Ahora desde el aspecto Jurídico Penal, es importante conocer cuáles han sido los mecanismos jurídicos utilizados para combatir éste flagelo, como también saber si éstos han sido suficientes, comparados con los de otros países. De esta manera se torna importante para el Estado Colombiano y para sus dirigentes, sean estos del poder: legislativo, ejecutivo o judicial, conocer qué es lo que ocasiona el tráfico de órganos, cómo es la incidencia en la población mundial y en colombiana, así como también en el eje cafetero; para que se ilustren inicialmente de que se trata dicho flagelo e implementen los mecanismos de control necesarios, a fin de que las personas que desesperadamente requieren un órgano, sea para mejorar su salud o preservar su vida, lo puedan hacer sin tener que recurrir al hampa de los órganos.

Esta investigación cobra relevancia en el aspecto jurídico Internacional, en tanto que permite realizar un análisis acerca de la protección que debe dar el Estado a las víctimas del tráfico de órganos, como también a los que no lo son, pero dada su situación de vulnerabilidad, están en riesgo de llegar a serlo, de esa manera lo plantea la Oficina del Alto Comisionado de la ONU, para los derechos humanos, en el informe del grupo de trabajo sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, 27^a sesión, del 18 de agosto de 1995, dice Molina (2006) “pide al secretario general que vuelva a invitar a todos los gobiernos, órganos y organizaciones de las Naciones Unidas, entre ellos al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, a los organismos especializados, en particular a la Organización Mundial de la Salud, la Organización Internacional de Policía Criminal y todas las organizaciones gubernamentales pertinente, en particular a asociaciones científicas y médicas ,a que sigan investigando las denuncias de que hay niños que son víctimas de la extracción de órganos , o a los que incluso se mata para ello, con miras a la realización de trasplantes comerciales, a que indiquen todas las medidas tomadas para combatir la práctica donde quiera que exista, y a que presente al grupo de trabajo un informe en su próximo periodo de sesiones”. Luego tenemos que decir que este tema es relevante a nivel jurídico, tanto en el ámbito nacional como internación, ya que los Estados deben conocer dicho flagelo, para que así adelanten mecanismos legales de protección, los cuales blinden a la sociedad, evitando que se puedan excusar dichos delincuentes en la vaguedad o en un vacío normativo.

Primero como personas y luego como estudiantes de derecho, mal haríamos en ser ajenos a esta situación, dado que la misma, como se mostró en un principio, afecta de manera latente a muchos individuos en el mundo y desde luego, nuestro país no es la excepción. Con los avances

tecnológicos que han presentado las ciencias médicas en materia de trasplante de órganos, es una lástima que todavía no haya una cultura donante; esto para nosotros rompe el centro y el propósito del Estado, en caso del nuestro por ser un Estado Social de Derecho el cual debe propender por una mejor calidad de vida a las personas, en la mayor cantidad de aspectos posibles que lo rodean; pero cuando derechos fundamentales tales como la vida se empiezan a vulnerar y a poner en riesgo como en el caso que estamos trabajando, es donde cobran vida las leyes estipuladas en los casos concretos, en donde podemos traer a las mentes el dolor de familias enteras que esperan ansiosamente por un donador, el cual va ser difícil de encontrar, ya sea por la falta consciencia acerca del tema o porque los traficantes de órganos se van aprovechar de ese estigma social que rodea el asunto, para ser ellos quienes se lucren del negocio a costas del sufrimiento de miles de familia.

En ese orden de ideas esta investigación tiene gran relevancia para nosotros, pues con ella se van a tocar temas sociales y jurídicos, los cuales nos permitirán tener un panorama más claro acerca de este flagelo, para ampliar nuestro conocimiento jurídico y además sensibilizarnos acerca del objeto social que tiene el estudio del derecho, a través de la aplicación de principios y normas, que no son más que la única protección que tienen las familias, específicamente la región cafetera de Colombia.

3 Objetivos

1.1 Objetivo general

1. Analizar desde el punto de vista sociojurídico comparado el tráfico de órganos en el eje cafetero en entre los años 2000 a 2015

1.2 Objetivos específicos

1. Analizar la normatividad nacional y comparada, con los países: Venezuela, Italia, España y Argentina, en materia del tráfico de órganos entre el año los años 2000 a 2015.
2. Consultar en las fiscalías departamentales, juzgados penales y fundaciones acerca de las denuncias o quejas, recibidas sobre la presunta comisión del delito de tráfico de órganos.
3. Describir los casos que se han presentado en Colombia y en los países susceptibles de comparación en lo pertinente al tráfico de órganos.

4 Antecedentes de estudio

Datos históricos mundiales

El jueves 16 de agosto de 2012, el Diario ADN de Bogotá publicó una nota titulada "Así funciona una red internacional que trafica con tejidos humanos", así como también a través de circular del 3 de septiembre del 2012, el Instituto Nacional de Salud (INS), informó lo mismo; en donde se describe el modus operandi de una red que trafica con tejidos de origen humano de la cual hacen parte compañías que los comercializan en diversos países y el lucro que genera ésta actividad. La cual se ve facilitada porque "en la mayoría de los países no tienen un mecanismo preciso para rastrear el origen y destino de los tejidos reciclados", otro artículo relacionado con el mismo tema fue publicado el 17 de julio de 2012 por el Sydney Morning Herald.

En virtud de lo anterior, el INS en cumplimiento de sus funciones considera de suma importancia alertar sobre este flagelo e informar las regulaciones existentes en Colombia para prevenir este fenómeno.

Durante siglos la salud fue entendida como "ausencia de enfermedad" (OMS, 2013) hasta que en 1947 la Organización Mundial de la Salud modifica el concepto y pasa a definir la salud como "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades"OMS (2013).

Mittelbrunn (2006) menciona que "la incorporación del factor social es determinante en la salud, la historia supuso un cambio sustancial porque la salud dejó de depender en exclusiva del mundo de la sanidad para integrarse también en el mundo social".

Con ello se impulsa la consideración de la Salud como un derecho social básico de todas las personas, situando al Estado ante la disyuntiva de ejercer la protección de este derecho. Es incuestionable que la salud guarda una relación íntima con el derecho a la vida y la dignidad de los ciudadanos y que, además, cualquier limitación en el acceso a los servicios sanitarios es causa de exclusión social.

En 1978, dos organizaciones dependientes de la ONU, la Organización Mundial de la Salud – OMS- y UNICEF, celebraron un Congreso conjunto en Alma Ata (Kazajstán, antigua Unión Soviética), apoyada por delegados gubernamentales de 134 países, en donde la Salud fue asumida como un derecho humano del que todos somos titulares. La “Declaración de Alma Ata” y su eslogan “Salud para todos en el año 2000” ha sido una referencia extraordinaria para todas las generaciones posteriores de activistas de la Salud y el concepto de “Atención Primaria Integral” ha sido una de las claves para mejorar los sistemas de salud en muchos países.

Los aspectos esenciales de la declaración de Alma Ata son los siguientes:

- El derecho a la salud requiere la acción colectiva y su garantía es responsabilidad de los gobiernos.
- La importancia de la participación popular en salud como derecho y como responsabilidad.
- La trascendencia de la Atención Primaria en la prevención, promoción, curación y rehabilitación.
- Lograr salud requiere el esfuerzo coordinado de todos los sectores implicados.
- Rechazo de las desigualdades en salud, especialmente entre países ricos y pobres.
- Importancia de la paz y el desarme como fuente de salud y desarrollo.

Con relación a la búsqueda de una mejor condición de salubridad, el ser humano ha optado por múltiples opciones para encontrar ese grado álgido de bienestar, su interés lo ha llevado generar alternativas como el trasplante de tejidos y órganos. La posibilidad de sustituir un órgano enfermo por otro sano es uno de los eventos más sobresalientes del siglo XX en el campo de la medicina, tanto por sus méritos terapéuticos como por su significación sobre nuestros conocimientos del universo biológico. Este logro es resultado de una larga serie de investigaciones desde diferentes horizontes.

En el siglo XV aparece representada una de las primeras ideas de trasplante con donante cadavérico con fines terapéuticos cuya imagen quedó plasmada en el óleo “Milagro de San Cosme y San Damián”. A estos hermanos médicos que vivieron en el siglo III se les atribuye el reemplazo de la pierna de un soldado con cáncer por la de un hombre que acaba de fallecer.

Los casos científicamente comprobados surgen recién el siglo XIX, acompañados de otros avances médicos que permiten su desarrollo. Sin embargo, es en los inicios del siglo XX cuando el procedimiento para irrigar los órganos injertados abre la posibilidad técnica y quirúrgica de realizar un trasplante. Este es el inicio de la trasplantología moderna y los trasplantes comienzan a convertirse en una práctica terapéutica habitual.

5 Marco teórico

5.1 Datos Históricos

5.1.1 Nacionales

“La Red de Donación y Trasplantes de Órganos y Tejidos, fue creado por el Ministerio de la Protección social en el año 2004. La Red es el conjunto de entidades relacionadas con los procesos de donación y trasplante en el país. El Instituto Nacional de Salud por medio de la Resolución 214 de marzo de 2005, y de acuerdo con el Decreto 2493 del 4 de agosto de 2004, resuelve crear el grupo de donación y trasplantes, el cual tiene a su cargo la Coordinación Nacional de la Red de Donación y Trasplantes.

El Instituto Nacional de Salud como coordinador nacional de la Red de Donación y Trasplantes, realiza las funciones de la Coordinación Nacional de la Red, que están establecidas por el artículo 5 del Decreto 2493 de agosto de 2004:

- Establecer su organización interna y manual de funciones
- Implementar un sistema de información que permita integrar las bases de datos de las coordinaciones regionales e incorporarlas al sistema integral de información en salud
- Determinar la asignación de componentes anatómicos, con base en los criterios técnicos científicos de asignaciones únicas vigentes, cuando la asignación del componente no ha sido posible en el nivel regional.
- Emitir los conceptos o certificados para efectos del ingreso y salida de tejidos y órganos.
- Vigilar y controlar la gestión de las actividades de las coordinaciones regionales
- Coordinar con el Ministerio de la Protección Social y las entidades territoriales de salud las actividades de promoción de la donación.

- Desarrollar y mantener registros de las estadísticas remitidas por los bancos de tejidos y medula ósea e IPS a las coordinaciones regionales
- Cooperar con organismos e instituciones internacionales
- Presentar semestralmente al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud un informe sobre la situación actual de trasplantes” (s.f)

5.1.2 Locales

1. “Según lo dio a conocer la Secretaria de Salud del departamento de Caldas, al inicio del año se han realizado un total de 795 trasplantes renales de órganos en Risaralda, Caldas, Quindío y el Norte del Valle.
2. La cifra que sigue en importancia es: 185 trasplantes de hígado y un total de 82 trasplantes de corazón.
3. De este total de trasplantes, el 8% fue realizado a menores de 18 años de edad. Así mismo, al cierre del año 2012, se obtuvo un total de 4 hígados, 8 riñones, un corazón, 12 corneas y 3 donantes de tejido óseo.
4. El Diario del Otún consultó la opinión de Cristian Herrera, Director Operativo de la Secretaría de Salud del departamento, quien manifestó que en la actualidad son en total 800 las personas que se encuentran a la espera de que les donen un órgano”.

5.2 Bases Teóricas

El derecho a la salud consagrado en el artículo 49 de nuestra carta política se ha convertido en un derecho fundamental e inviolable a través de la sentencia T-760 de 2008 con magistrado ponente Manuel José Cepeda, esto es, que es autónomo; aunque siempre va a estar ligado íntimamente con el derecho a la vida; pero mirándolo desde esta perspectiva se agilizan muchos procesos, en este sentido, pues es necesario ser conscientes de la importancia del ser humano como tal en su integridad y los aspectos en los cuales está envuelto para su desarrollo físico, mental y emocional.

La salud en Colombia está legislada, como un fin que se consigue mediante el bienestar de los ciudadanos, en donde el Estado debe garantizar mecanismos idóneos para lograrlo. En materia de derechos fundamentales hay tantas discusiones como se puedan obtener, pero es de vital importancia que así como nuestra legislación reconoce el derecho a la vida, a la integridad física, etc., también lo hagan otros Estados (Yugoslavia-Kosovo) para así lograr la armonía social y el respeto por el ser humano, situación que se ha anhelado durante tanto tiempo .

5.2.1 Los Derechos Humanos

Cada ser humano está dotado de una necesidad de ser protegido y de cuidar sus propios derechos, derechos que son irrespetados por la misma sociedad, ya que éstos son cambiantes de acuerdo en la cultura en que se esté; Pero cuando nos referimos a derechos inherentes al ser humano, hablamos del respeto a la vida y a la integridad personal, derechos que son primordiales independientemente del lugar de procedencia.

Todo derecho genera una obligación respecto de otro, como es sabida la frase mis derechos llegan hasta donde empiezan los de los demás, pero cuando las personas individual o colectivamente traspasan estos límites es donde se ven violados los derechos de uno o de unos cuantos y que por lo general son de las personas más vulnerables; pero de este tema nos ocuparemos a continuación.

Como expone Aristóteles (s.f) “El hombre es un ser naturalmente sociable”, esto quiere decir que tiene la capacidad de discernir entre sus deseos producto del instinto y la conciencia de sus actos, además de saber cuándo es responsable ante una sociedad, ya que los derechos y obligaciones se encuentran positivizados en la Constitución Política como normas de normas, la cual como directriz superior en el país, se rige por valores y principios que deben ser acatados por todos los habitantes dentro del territorio establecido. Ahora, como bien sabemos el hombre es libre de decidir, si opta por lo bueno o por lo malo. En consecuencia, con la racionalidad del hombre y debido a su evolución se ha dado la necesidad de estar en una sociedad organizada donde haya un ente controlador como lo es el Estado.

El Estado es protector, su función es velar por la seguridad y bienestar de la nación; una forma de hacer cumplir estos derechos es expidiendo leyes de obligación y cumplimiento para todos, pero uno de los grandes problemas de nuestro país es que los órganos encargados de vigilar la protección y el cumplimiento de los derechos fundamentales (derecho a la vida, a la integridad

personal, a la libertad, a la igualdad, etc.) no ejercen su función de manera adecuada, ya que prima un gran monopolio económico, el cual imposibilita muchas veces la materialización de los derechos fundamentales, más que todo para las personas de bajos recursos. Según el artículo 6 de la Declaración de Derechos Humanos: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

5.2.2 Derecho internacional Humanitario

Desde tiempos inmemorables la profesión médica se encuentra asociada con los diferentes tipos de conflictos en los que se ha envuelto la humanidad. El conjunto de actividades de la misión médica, incluye además el programa de vacunación, el control de fuentes de agua potable y en general todo tipo de servicios humanitarios propios de asistencia en salud.

Estos principios representan las garantías mínimas que deben exigirse en el derecho a la salud: Principio de derecho humano, Principio de inviolabilidad, Principio de la no discriminación, Principio de la neutralidad.

En la historia se han denunciado varios abusos en contra de la dignidad humana y de los derechos propios de cada sujeto de derechos, como lo es el caso del proceso de Nuremberg en contra de los crímenes de guerra, en el cual se ejercieron experimentos biomédicos, específicamente durante la segunda guerra mundial, los cuales atentaron claramente contra el Derecho Internacional Humanitario seguidamente se expidió el código de Nuremberg“ en el que se prohibieron tales actos o experimentos humanos”. A. (1947)

El Tribunal aplica las normas del Derecho Internacional Humanitario. El hecho de que éste constituya además derecho consuetudinario, es decir, costumbre internacional, implica que no se plantea problema alguno por el hecho de que algunos Estados no se hayan adherido a los Convenios. Tienen naturaleza de derecho consuetudinario aplicable por el Tribunal: a) los Convenios de Ginebra de 1949; b) el Convenio IV de la Haya de 1907; c) la Convención para la prevención y sanción del crimen de genocidio de 1948; y d) el Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg de 1945.

Además de lo anterior se debe precisar que el objeto del Derecho Internacional Humanitario (DIH) es regular los conflictos armados, esto significa que las partes en conflicto y los miembros de sus fuerzas armadas no gozan de un derecho ilimitado por lo que atañe a la elección de los métodos y medios de hacer la guerra. (DIH)- (Conflictos Armados Internacionales-CAI y Conflictos Armados No Internacionales-CANI)

5.2.3 Derechos fundamentales

Como se ha explicado, los Derechos Fundamentales están protegidos por nuestra Legislación a través de la Constitución Política, la jurisprudencia, y las demás leyes de orden nacional, sin embargo es mediante el Bloque de Constitucionalidad que se protege el derecho a la integridad personal a través de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 ratificada posteriormente por Colombia en 1972.

Los derechos fundamentales tienen una amplia discusión doctrinaria, pues no están ocultas las masacres que se han hecho desde tiempos pretéritos, y es precisamente esto lo que hace que no callemos más ante los improperios y abusos en contra del ser humano, y como lo describe el Gañán (2010) “es necesario hacer una diferenciación entre las diferentes clases de Estados que existen y han existido”.

Según Usuna (1995) “El Estado de Derecho se ha caracterizado por ser una organización política, cuyo último fin es respetar la libertad de cada individuo, y como bien es sabido los derechos fundamentales son subjetivos, es decir, su titular es el sujeto en particular y no es posible concebir un sujeto aislado o como lo cita dicho autor, que el Estado sea pasivo”.

En el Estado democrático, los derechos fundamentales no solamente son otorgados sino que también son legitimados, brindan mecanismos óptimos para su desarrollo y cumplimiento. Un derecho tangible es el de la participación directa en los asuntos políticos, eligiendo el mismo pueblo a sus dirigentes y ejerciendo sus derechos libremente o mediante los mecanismos dispuestos por el gobierno. En el caso concreto del derecho a la salud; el Estado tanto en entidades públicas como privadas debe ejercer un control para asegurarles a los ciudadanos la no vulneración de tal derecho.

Como lo expresa Usuna (1995) “En el Estado Social y Democrático de Derecho ya no prima solamente esa libertad individual, sino que va en torno a la estabilidad y seguridad del ser humano, de esa “persona”, sujeto de derechos, digna de que se le garanticen el mínimo existencial para su desarrollo íntegro y pleno posible dentro del contexto de la sociedad, ya que ésta se forma uniendo a cada sujeto en su individualidad, y para lograr esa sociedad armónica, estable e idónea es necesario idear planes socio-económicos en el que la vida y el medio en el cual se desarrolla estén satisfechos. Y tal como lo expresa la Corte Constitucional en sentencia T-406 de 1992 “*Existe una*

nueva estrategia para el logro de la efectividad de los derechos fundamentales. La coherencia y la sabiduría de la interpretación y, sobre todo, la eficacia de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, están asegurados por la Corte Constitucional...”

En la medida en que el Estado liberal de Derecho ha evolucionado hacia formas de Estado social de Derecho, los derechos fundamentales han dinamizado su propia significación al añadir, a su función de garantía de las libertades existentes, la descripción anticipadora del horizonte emancipatorio a alcanzar. La solidaridad pasa a ser el núcleo rector de la concepción de Estado social de Derecho en reemplazo de la idea del bien común como garantía al individuo del mayor espacio posible de autonomía privada y la igualdad real entre todos los miembros del Estado como base para que el ejercicio de la libertad pudiese ser universal”.

Los derechos sociales, entonces no se deben considerar como simples prerrogativas políticas, o como lo dice Gañán (2010), “los derechos deben trascender los simples enunciados programáticos a principios iusfundamentales. Principios iusfundamentales que sean fines en sí mismos, pero igual sean medios instrumentales para la materialización de la libertad fáctica que garanticen la exigibilidad real de tal derecho”.

Teniendo en cuenta lo explicado anteriormente, se puede decir que en un Estado social de Derecho se deben tener en cuenta tanto los aspectos socio-económicos como los culturales, ya que la garantía de los derechos fundamentales se hace más efectiva, pues aunque existen leyes *erga omnes*, Colombia es un país pluricultural y multicultural con respaldo en el art. 7 de nuestra carta política y es estudiando cada región con su respectiva cultura que se puede aplicar una mejor decisión a la hora de intervenir jurídicamente mediante organismos curativos y preventivos como lo es el ministerio de salud.

“efectivamente el derecho a la salud fue consagrado como un derecho humano en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el derecho a la salud es consagrado como un derecho a la preservación de la salud y al bienestar.” Gañán (2.010)

Hasta ahora se ha mirado en *lato sensu* definiciones del derecho a la salud en Colombia, pero pretendemos verificar con algunas leyes y decretos cómo se da dicha regulación, no sólo en el ámbito amplio de la salud, sino, llevándolo específicamente a la donación de órganos y tejidos,

mostrando sí en nuestro Estado y Región Cafetera, “distinto a lo que afirman los medios, se está presentando éste flagelo; a fin de determinar y examinar cómo influye el tráfico de órganos y trata de personas en los posibles beneficiarios de trasplante de órganos”. El tiempo (2015)

5.2.4 Derecho a la salud en Colombia

Al analizar minuciosamente los contenidos de la Constitución Política de Colombia en materia de salud, encontramos que dicho concepto tal y como se devela, desaparece para ser reemplazado por el concepto según: Isaza (2.002) “aseguramiento (seguridad social en salud), es decir, por el derecho de comprar servicios de salud” o por el derecho a recibir servicios de salud, dándole un giro a dicho concepto, con el cual se abre paso a la generación de una ley de las características de la ley 100 de 1993.

Para comprender el Sistema de Salud en Colombia es menester hacer un recuento histórico de su creación y evolución para llegar a evaluar de una manera más detallada los alcances, estructuración y eficacia del sistema.

El período de “organización” que se dio en Colombia durante 1945 y 1967 consistió en implementar el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, el cual era obligatorio sólo para los trabajadores y sus esposas en estado de embarazo para efectos de cuidados en su maternidad, pero con la ley 90 de 1946 el Instituto Colombiano de Seguros Sociales lo declara obligatorio para el sector privado; y en el período de expansión, en 1975 se crea el seguro médico familiar. La manera de administrar el sistema era tripartita, es decir, al Estado le correspondía pagar una parte, al empleador otra y por último al trabajador.

En 1990 se dio un período de reformas estructurales en el cual se cambió la personería jurídica por Instituto de Seguros Sociales; en este punto le correspondía únicamente al empleador y al trabajador hacer los aportes correspondientes. Las siguientes fueron las reformas estructurales:

- a) Cambio de modelo económico y apertura
- b) Cambios integrales (laboral, cambiaria y financiera)
- c) Constitución política de 1991 (art. 20 transitorio)

d) Diagnósticos críticos de la seguridad social

e) Ley 100 de 1993-(leyes 797, 869 de 2003, acto legislativo 01 de 2005 y ley 1122 de 2007

Según Orozco (2006)“Antes de 1993 el sistema de salud Colombiano sólo lograba asegurar un 17% de la población

- El sistema no contaba con cobertura familiar, o sea que el seguro sólo cubría al trabajador. Su familia accedía a las atenciones de salud a través de las clínicas de las Cajas de Compensación Familiar, las cuales aplicaban unas tarifas módicas
- Las entidades aseguradoras aplicaban preexistencias, es decir que el afiliado debía renunciar a las prestaciones de salud para aquellas enfermedades existentes al momento de afiliarse
- El acceso a los servicios de salud a través de seguros era reducido
- Los pobres recibían servicios a través de Hospitales Públicos que se financiaban con transferencias de las Direcciones Departamentales de Salud (eumed.net, biblioteca de derecho”.

Las políticas en Salud Pública son la herramienta fundamental para prevenir las enfermedades y minimizar su impacto social y económico, con el fin de garantizar y mejorar la productividad de todo un país; en cambio, en el tratamiento se puede encontrar más fácilmente, meras prerrogativas políticas, lo que hace una salud mediatizada y con intereses particulares que conllevan a una deficiencia en el sistema de salud Colombiano y que afecta directamente a los pacientes.

5.3 Marco legal

5.3.1 Donación de órganos

La manifestación de la autonomía de la voluntad de los ciudadanos es salvaguardada en la gran mayoría de las legislaciones, respetando el derecho del ciudadano a escoger ser donante o a no serlo y a manifestarlo de acuerdo con los mecanismos previstos en cada país para ello.

5.3.2 Principios rectores de la OMS sobre trasplante De órganos humanos

La donación de órganos, Norrie (1.985) la define como: "El procedimiento médico mediante el cual, se extraen tejidos de un cuerpo humano y se reimplantan en otro, con el propósito de que el tejido trasplantado, realice en su nueva localización la misma función que realizaba previamente".

Respecto a esto la Organización Mundial de la Salud se dirigió de la siguiente manera: "La extracción de células, tejidos y órganos de personas fallecidas o vivas para fines de trasplante sólo podrá efectuarse de conformidad con los siguientes Principios Rectores."

1. **Consentimiento:** Este principio hace referencia a la capacidad y voluntad que tiene el sujeto de aceptar o no ser parte de la donación de órganos, así que, cada legislación debe tener regulado la forma de acceder a toda la información sobre cómo se va a efectuar dicha intervención médica, teniendo la certeza que al momento de morir, la persona estaba de acuerdo y no se oponía a su realización. Por lo tanto se debe verificar que el consentimiento esté libre de vicios como lo son el error, fuerza y dolo, situación en la cual si se llega a comprobar la existencia de alguno de ellos no se podrá llevar a cabo dicha intervención médica. Si se trata de un donante vivo, debe dársele la información suficiente, en otras palabras, aclararle todas las inquietudes por parte del equipo médico a tal dimensión que no se deje duda del alcance y efectos del procedimiento.
2. Los médicos que hayan determinado la muerte de un donante potencial no deberán participar directamente en la extracción de células, tejidos u órganos de ese donante ni en

los procedimientos subsiguientes de trasplante, ni ocuparse de la asistencia a los receptores previstos de esas células, tejidos y órganos: Este principio trata de evitar los conflictos de intereses que se pueden originar entre los médicos y el paciente a quien se le va otorgar el órgano en donación, es decir, es una garantía médico-paciente.

3. Las donaciones de personas fallecidas deberán desarrollarse hasta alcanzar su máximo potencial terapéutico, pero los adultos vivos podrán donar órganos de conformidad con la reglamentación nacional. En general, los donantes vivos deberán estar relacionadas genéticamente, legal o emocionalmente con los receptores.

La donación de personas vivas es aceptable si se obtiene el consentimiento informado y voluntario del donante, se le garantiza la atención profesional, el seguimiento se organiza debidamente, se aplican y supervisan escrupulosamente los criterios de selección de los donantes. Los donantes vivos deberán ser informados de los riesgos, beneficios y consecuencias probables de la donación de una manera completa y comprensible; deberán ser legalmente competentes y capaces de sopesar la información y actuar voluntariamente, y deberán estar libres de toda coacción o influencia indebida.

4. No deberán extraerse células, tejidos ni órganos del cuerpo de un menor vivo para fines de trasplante, excepto en las contadas ocasiones autorizadas por las legislaciones nacionales.

Deberán adoptarse medidas específicas para proteger a los menores, cuyo consentimiento se obtendrá, de ser posible, antes de la donación. Lo que es aplicable a los menores lo es asimismo a toda persona legalmente incapacitada.

5. Las células, tejidos y órganos deberán ser objeto de donación a título exclusivamente gratuito, sin pago monetario u otra recompensa.

Debe prohibirse la compra, o la oferta de compra, de células, tejidos u órganos para fines de trasplante, así como su venta por personas vivas o por los allegados de personas fallecidas.

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

6. Se permitirá la promoción de la donación altruista de células, tejidos u órganos humanos mediante publicidad o llamamiento público, de conformidad con la reglamentación nacional. Deberá prohibirse toda publicidad sobre la necesidad o la disponibilidad de células, tejidos u órganos cuyo fin sea ofrecer un pago a individuos por sus células, tejidos u órganos, o a un pariente cercano en caso de que la persona haya fallecido, o bien recabar un pago por ellos. Deberán prohibirse asimismo los servicios de intermediación que entrañen el pago a esos individuos o a terceros.

5.3.3 Ley 9 del 1979.

Por la cual se dictan Medidas Sanitarias

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

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

5.3.4 Ley 73 del 1988.

Por la cual se adiciona la Ley 09 de 1979 y se dictan otras disposiciones en materia de donación y trasplante de órganos y componentes anatómicos para fines de trasplantes y otros usos terapéuticos.

Artículo 1'. El párrafo del artículo 540 de la Ley 09 de 1979, quedará así: Artículo 540
Parágrafo: Sólo se podrá proceder a la utilización de los órganos. Componentes anatómicos y líquidos orgánicos a que se refiere este artículo, cuando exista consentimiento del donante, del receptor, de los deudos, abandono del cadáver o presunción legal de donación.

5.3.5 Ley 919 de 2004.

Por medio de la cual se prohíbe la comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplante y se tipifica como delito su tráfico:

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

Quien done o suministre un órgano, tejido o fluido corporal deberá hacerlo a título gratuito, sin recibir ningún tipo de remuneración por el componente anatómico.

Ni el beneficiario del componente, ni sus familiares, ni cualquier otra persona podrá pagar precio alguno por el mismo. o recibir algún tipo de compensación.

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

trasplantado y del donante, el suministro de medicamentos y los controles subsiguientes a dicho procedimiento.

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

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

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

5.3.6 Decreto 2493 de 2004

Regula la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición de componentes anatómicos y fija procedimientos para ello.

Artículo 3° De la red de donación y trasplante. La Red de Donación y Trasplantes estará estructurada en dos (2) niveles: Nacional y Regional.

Parágrafo. Los Bancos de Tejidos y de Médula Ósea y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, IPS, que se encuentren habilitadas con programas de trasplante deberán inscribirse ante la sede de la Coordinación Regional de la Red de Donación y Trasplantes de la respectiva jurisdicción, de acuerdo con los requisitos establecidos por el Ministerio de la Protección Social.

Artículo 5° Funciones de la coordinación de la red del nivel nacional, La Coordinación Nacional de la Red tendrá las siguientes funciones:

4. Emitir los conceptos o certificados para efectos del ingreso y salida de tejidos y órganos de acuerdo con los artículos 37 y 39 del presente decreto y remitir la información pertinente al INVIMA, así como expedir la certificación de que trata el artículo 40 de la presente disposición.

5. Vigilar y controlar la gestión de las actividades de las coordinaciones regionales.

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

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

Artículo 39. Entrada de componentes anatómicos. El INVIMA autorizará su ingreso, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Concepto sobre la necesidad terapéutica de dicho componente anatómico expedido por la Coordinación Nacional de la Red de Donación y Trasplantes.

2. Certificado de la institución que obtuvo el componente anatómico donde consten los estudios realizados al donante y al componente anatómico para demostrar que su ingreso no constituye un riesgo para el receptor.

3. Que el tejido u órgano provenga de una institución legalmente reconocida por la autoridad sanitaria competente en el país de origen.

4. Informe de la institución donde consten las condiciones de la obtención.
5. Informe sobre el beneficio de la utilización de dicho componente en el cual se demuestre que estos han sido objeto de técnicas no existentes en Colombia.

Parágrafo. Quien ingrese componentes anatómicos sin el debido cumplimiento de los requisitos será acreedor de las sanciones establecidas en las disposiciones legales vigentes.

5.3.7 Regulación del tráfico de órganos en el derecho comparado.

Argentina. Ley 24193 (Actualizada por Ley 26066, 25281) trasplantes de órganos y materiales anatómicos; Publicación: B.O. 17/I/992 Artículo 1º:(Texto vigente según ley 26066) La ablación de órganos y tejidos para su implantación de cadáveres humanos a seres humanos y entre seres humanos, se rige por las disposiciones de esta ley en todo el territorio de la República. Exceptúase de lo previsto por la presente, los tejidos naturalmente renovables o separables del cuerpo humano con salvedad de la obtención y preservación de células progenitoras hematopoyéticas y su posterior implante a seres humanos, que quedará regida por esta ley. Entiéndense alcanzadas por la presente norma a las nuevas, prácticas o técnicas que la autoridad de aplicación reconozca que se encuentran vinculadas con la implantación de órganos o tejidos en seres humanos. Considérase comprendido al xenotrasplante en las previsiones del párrafo precedente cuando cumpliera las condiciones que oportunamente determinare la autoridad de aplicación.

Venezuela. Ley sobre trasplante de órganos y materiales anatómicos en seres humanos. Gaceta Oficial No. 4.497 Extraordinario, Caracas jueves 3 de diciembre de 1992 Capítulo I Disposiciones Generales Artículo 1º El trasplante o la disposición de órganos, tejidos, derivados o materiales anatómicos provenientes de seres humanos, con fines terapéuticos, de investigación o de docencia, se rige por las disposiciones de esta Ley. Se excluyen de los requisitos de esta Ley, los cabellos y las uñas. También la sangre y sus componentes, ovarios, óvulos y esperma, pero en estos casos deberá siempre solicitarse la aceptación del donante y el receptor o, si éste último no pudiera, de los parientes previstos en el artículo 17. Artículo 2º Para los efectos de ésta Ley se entiende por: 1) Trasplante: la sustitución con fines terapéuticos de órganos, tejidos, derivados o materiales anatómicos por otros provenientes de un ser humano donante vivo o muerto. 2) Disposición: El acto o conjunto de actos relativos a la obtención, preservación, preparación, utilización, suministro y destino final de órganos, tejidos y sus derivados, productos y cadáveres, incluyendo los de embriones y fetos. 3) Donante: El ser humano a quien, durante su vida o después de su muerte, bien sea por su propia voluntad o la de sus parientes, se le extraen órganos, tejidos, derivados o materiales anatómicos con el fin de utilizarlos para trasplante en otros seres humanos, o con objetivos terapéuticos. 4) Receptor: El ser humano en cuyo cuerpo podrán implantarse órganos,

tejidos, derivados o cualquier otro material anatómico mediante procedimientos terapéuticos. 5) Órgano: Entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes que concurren al desempeño de la misma función. 6) Tejido: Entidad morfológica compuesta por la agrupación de células de la misma naturaleza y con una misma función. 7) Derivados: Los productos obtenidos de tejidos que tengan aplicación terapéutica, diagnóstica o de investigación. 8) Cadáver: Los restos integrados de un ser humano en el que se ha producido la muerte. 9) Ser humano: todos los individuos de la especie humana 10) Muerte: Hay muerte clínica cuando se produce la ausencia de todos los signos vitales o lo que es lo mismo, la ausencia total de vida. Para los efectos de ésta Ley, la muerte cerebral podrá ser establecida en alguna de las siguientes formas: 1. La presencia del conjunto de los siguientes signos clínicos: a) Falta de respuesta muscular y ausencia de reflejos a estímulos externos. b) Cesación de respiración espontánea comprobada, previa oxigenación por diez (10) minutos. c) Pupilas fijas, midriasis y ausencia de reflejo corneal. 2. La cesación de la actividad eléctrica del cerebro podrá ser determinada por: a) Absoluta cesación de la actividad del cerebro, comprobado eléctricamente y aún bajo estímulo, mediante electroencefalograma isoelectrico durante treinta (30) minutos. b) Ausencia de respuesta oculovestibular. No habrá muerte cerebral cuando en el ser humano se evidencien cualquiera de las siguientes condiciones: a) Alteraciones tóxicas y metabólicas reversibles. b) Hipotermia inducida Legalmente existe la muerte cerebral, cuando así conste de declaración suscrita por tres (3) o más médicos que no formen parte del equipo de trasplante. 11) Investigación y Docencia: Son los actos realizados en instituciones educativas científicas, en donde se utilizan de órganos, tejidos, derivados o materiales anatómicos, productos y cadáveres humanos, incluyendo embriones y fetos, con propósito de enseñanza o búsqueda de conocimientos que no puedan obtenerse por otros métodos. Estos actos sólo podrán ser realizados cuando la información o conocimiento buscado, no puede obtenerse por otro método y deberán ser fundamentados en la experimentación previa realizada en animales, en laboratorios o mediante la verificación de otros hechos científicos. La investigación y docencia clínica en materia de trasplantes, sólo podrán ser realizadas por profesionales médicos o asociados a estos, bajo la dirección de un médico, en instituciones médicas o científicas debidamente autorizadas por el Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, la Federación Médica y la Academia Nacional de Medicina; y en las Escuelas de Medicina de las Universidades Nacionales.

Italia. Ley sobre trasplante de órganos No644/75.

- **España.** La cesión, extracción, conservación, intercambio y trasplante de órganos humanos, para ser utilizados con fines terapéuticos, sólo podrán realizarse con arreglo a lo establecido por la presente Ley y por las disposiciones que se dicten para su desarrollo.

Artículo 2

No se podrá percibir compensación alguna por la donación de órganos. Se arbitrarán los medios para que la realización de estos procedimientos no sea en ningún caso gravosa para el donante vivo ni para la familia del fallecido. En ningún caso existirá compensación económica alguna para el donante, ni se exigirá al receptor precio alguno por el órgano trasplantado.

Artículo 3

El Ministerio de Sanidad y Seguridad Social autorizará expresamente los Centros sanitarios en que pueda efectuarse la extracción de órganos humanos. Dicha autorización determinará a quién corresponde dar la conformidad para cada intervención.

Artículo 4

La obtención de órganos procedentes de un donante vivo, para su ulterior injerto o implantación en otra persona, podrá realizarse si se cumplen los siguientes requisitos:

- a) Que el donante sea mayor de edad.

 - b) Que el donante goce de plenas facultades mentales y haya sido previamente informado de las consecuencias de su decisión. Esta información se referirá a las consecuencias previsibles de orden somático, psíquico y psicológico, a las eventuales repercusiones que la donación pueda tener sobre su vida personal, familiar y profesional, así como a los beneficios que con el trasplante se espera haya de conseguir el receptor.

 - c) Que el donante otorgue su consentimiento de forma expresa, libre y consciente, debiendo manifestarlo, por escrito, ante la autoridad pública que reglamentariamente se determine, tras las explicaciones del médico que ha de efectuar la extracción, obligado éste también a firmar el documento de cesión del órgano. En ningún caso podrá efectuarse la extracción sin la firma previa de este documento.
- A los efectos establecidos en esta Ley, no podrá obtenerse ningún tipo de órganos de personas que, por deficiencias psíquicas o enfermedad mental o por cualquiera otra causa, no puedan otorgar su consentimiento expreso, libre y consciente.
- d) Que el destino del órgano extraído sea su trasplante a una persona determinada, con el propósito de mejorar sustancialmente su esperanza o sus condiciones de vida, garantizándose el anonimato del receptor.

 - e) Si el donante fuese una persona con discapacidad que cumpla los requisitos previstos en los apartados anteriores, la información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos

adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que le resulten accesibles y comprensibles a su tipo de discapacidad.

6 Marco contextual

- “Un cirujano de 45 años, Christiaan Neethling Barnard, miraba con incredulidad cómo latía el corazón que acaba de implantar. El escenario, un quirófano del hospital Groote Schuur de Ciudad de El Cabo, en Sudáfrica el domingo 3 de diciembre de 1967.
- Los inicios del trasplante renal fueron bastante más confusos, tanto por el origen del órgano trasplantado (animal, persona fallecida o donante familiar) como por la técnica empleada.
- La historia del trasplante hepático va ligada a la de un cirujano norteamericano nacido en Iowa: Thomas Starzl. Preparó una técnica experimental de trasplantes en animales que validó hasta la saciedad y el 1 de Marzo de 1963, casi cinco años antes de que Barnard se atreviera con el corazón, llevó a cabo el primer trasplante de hígado en el Veteran’s Hospital de Denver, Colorado, a un niño de 3 años.
- Richard Lillehei en Minneapolis efectúa los dos primeros trasplantes de páncreas en Noviembre y Diciembre de 1966, casi al mismo tiempo que la eclosión de Barnard.
- El 11 de Junio de 1963, James D. Hardy, en Jackson efectuó el primer trasplante de pulmón de la historia. El receptor fue un hombre de 58 años John Russel, con un cáncer de pulmón, una insuficiencia respiratoria y además una insuficiencia renal.
- El trasplante de Intestino delgado ha sido el último de los grandes trasplantes desarrollado. Los primeros intentos datan de 1964 en Boston, cuando dos niños reciben parte del de sus madres, sin éxito. Lillehei realiza el primero de donante cadáver en 1967, que fracasó”
 - “Hace cuatro décadas un grupo conformado por 35 especialistas puso a Colombia en el panorama de la medicina moderna al realizar el primer trasplante RENAL con donante vivo en el hoy Hospital Universitario de San Vicente Fundación. Actualmente uno de esos médicos sigue activo como trasplantólogo y maestro. Avances, problemática y conciencia frente al tema. Sin saberlo, dos hermanos ayudaron a cambiar la historia de la medicina en Colombia hace 40 años cuando por primera vez en el país se realizó un trasplante de órgano con donante vivo. Fue un éxito rotundo para el paciente -quien vivió durante 29 años más hasta que murió en un accidente de tránsito-

, y para la medicina colombiana, que hoy es catalogada como una de las mejores en el campo de los trasplantes. Protagonista de este reconocimiento es el Hospital Universitario de San Vicente Fundación, quien este año celebra 100 años de existencia y el doctor Álvaro Velásquez Ospina, uno de los cirujanos que hizo parte del grupo pionero de expertos que realizó este primer trasplante y a quien hoy, a sus 76 años, no le tiemblan las manos para seguir ejerciendo, ni la voz para hablar claramente de los graves problemas que afrontan este tipo de cirugías gracias a las EPS”

7 Método de investigación

- En la presente investigación manejaremos como metodología la: cualitativa, ya que se hará un análisis profundo de la normatividad vigente de Colombia, a la luz del derecho comparado. Además, este trabajo se guiará por la observación de acontecimientos en donde esté incluido el tráfico de órganos, situaciones que eventualmente se hayan presentado en la región cafetera.

Así, se estudiará la realidad de dicho flagelo en su contexto social. Interpretando los fenómenos de acuerdo con base en todos los actores sociales implicados, permitiendo de esta manera la construcción de un conocimiento.

Adicional a lo anterior, en esta investigación se trabajará, a través del enfoque descriptivo analítico, pues nos centraremos inicialmente en la descripción del flagelo al cual, tal como lo exponen medios de comunicación periodísticos y televisivos, han estado sometidas cientos de personas.

Posteriormente, se requiere realizar un análisis objetivo de los elementos de conocimiento que se hayan obtenido para el desarrollo de la presente investigación. Así, anteponiendo la razón se dará paso al detalle y observación, que es requisito para el estudio del tráfico de órganos, a través del derecho comparado.

Por último, manejaremos el método de investigación: crítico social, toda vez que buscamos con este trabajo sea fructífero y que con él haya un desarrollo o contribución de conocimiento, en este caso, en la región cafetera; tratamos del mismo modo cobijar con esta investigación a personas de muy bajos recursos económicos, quienes son los favoritos para los traficantes de órganos, debido a su alto grado de vulnerabilidad y marginalidad social.

Con dicho método, pretendemos profundizar en la problemática, la cual probablemente, debido al abandono Estatal ya las vaguedades, vacíos y lagunas de la

norma; sacrifican finalmente vidas humanas y violentando la armonía social, tal como lo expresa Cebotarev (2003).

8 **Diseño operativo**

8.1 Análisis de la normatividad nacional y comparada con los países: Venezuela, Argentina, Italia y España, en materia del tráfico de órganos entre el año los años 2000 a 2015

- Se recopilará todas las noticias periodísticas en los últimos quince años, en los principales municipios del eje cafetero como son: Manizales, Pereira y Armenia, que informen acerca de una situación en la que se le haya sustraído uno o varios órganos vitales a una persona de forma presuntamente ilegal.

8.2 Consulta en las fiscalías departamentales, juzgados penales y fundaciones acerca de las denuncias o quejas, recibidas y cuál es su esquema de atención a la luz del derecho comprado

- Se consultará en las fiscalías y fundaciones para obtener el esquema de atención a las víctimas de la región cafetera, a fin de determinar frente a otros países (Argentina, Venezuela, Uruguay, Italia y España) que tal es la respuesta y cuál es su solidez jurídica.

8.3 Descripción de los casos que se han presentado en Colombia, y en los países susceptibles de comparación en lo pertinente al tráfico de órganos.

- Se analizarán las legislaciones de los países: Argentina, Venezuela, Italia y España, en cuanto a la regulación del tráfico de órganos, frente a la legislación Colombiana.

Análisis de la normatividad nacional y comparada en materia del tráfico de órganos entre los años 2000 a 2015

9.1 Análisis de la Legislación Colombiana

Para comenzar, vale la pena precisar que, antes de la ley 919 de 2004, no había una normatividad, clara, expresa y contundente; que le permitiera a los jueces o autoridades administrativas, decidir frente a un posible caso de tráfico de órganos, ya que no se contaba con una ley especial, ni con un tipo penal efectivo que permitiera sancionar dicha conducta. De manera que daba la posibilidad que se presentara en el país varias posturas sobre el mismo este asunto.

Según P, Chacón (S/F)“En Colombia se ha venido presentando, de tiempo atrás una serie de situaciones negativas desencadenadas por la escasez de órganos humanos y especialmente de tejido de corneal. La situación planteada generó el auge de lo que se ha dado en llamar la compraventa de ojos. Según el congreso de la república éste comercio ilegal se ha venido incrementando clandestinamente, y hoy se maneja de de forma descarada por personas sin escrúpulos que son patrocinadas por los familiares de los donantes que buscan un beneficio económico, como por el paciente receptor, que sin otra alternativa para obtener este tipo corneal, acepta comprarlo sin que se cumplan los requisitos de asepsia y preservación adecuados”

Dada esa situación, el Estado Colombiano, ha tenido que afrontar el tráfico de órganos, ya que esto se convirtió en una realidad difícil de desconocer. Fue así como el legislador desde el año 1973, inquietado por ese asunto y comenzó a buscar soluciones de tipo normativo. Las leyes que comenzaron a expedir, hasta el año 2004, nunca tuvieron tipos penales para los que violaran esos contenidos, es decir, todas las leyes prohibían el tráfico de órganos en cualquiera de sus modalidades, pero ninguna establecía una sanción de carácter punitivo.

Debido a la complejidad socio-jurídica del tema y a la demanda de pacientes que requieren con urgencias un órgano, era menester por parte del legislativo, regular dicho tema desde el ámbito penal, ya que desde ahí tendría un buen respaldo las demás leyes y con esto se fortalecería el aparato judicial, en la medida en que tendría mayor número de insumos jurídicos para juzgar a los presuntos delincuentes.

9.1.1 Ley 9 del 1979

Para el día 24 de enero de 1979, el Congreso Colombiano expidió la primera Ley que comenzó a regular el trasplante de órganos, en ésta se establecen los procedimientos de trasplante de órganos desde cadáveres o de seres vivos, como también, de otros usos terapéuticos. La anterior, se conoció con el nombre del Código Sanitario Nacional. Luego de la expedición de dicha Ley, comenzaron a surgir los decretos que permitirían darle aplicación a la nueva normatividad. El primero, el Decreto 003 de 1982 y el otro el 2363 de 1986. En éstos como en la Ley, se señalan los procedimientos que cualquier persona debe cumplir para obtener un trasplante de órgano; también, se señala que solamente pueden ser adquiridos a través de un banco de órganos que a su vez, podía obtener componentes anatómicos de tres formas: De una persona que en estado de vida, deje plasmada su voluntad, que desea que le extraigan todos sus órganos y parte de ellos, después que muera; de cadáveres que hayan sido donados por los familiares, siempre y cuando no exista por parte del occiso manifestación de lo contrario; o de un cadáver abandonado. En el evento de no conocer los familiares del finado, y de no contar con alguna manifestación contraria que haya hecho éste antes de morir, se pueden ablacionar órganos que no lleguen a tener incidencia en alguna investigación.

Tanto en la Ley como en sus Decretos reglamentarios, se prohíben en la gran mayoría de sus artículos el tráfico de órganos. Así, el Decreto 2363, en el artículo 16, Prohíbe que haya cualquier tipo de contraprestación económica por la adquisición o transferencia de cualquier órgano; luego en el artículo 21 reitera lo enunciado, apareciendo en el literal A “En ningún caso puede existir compensación económica alguna, ni en dinero ni en especie, para el donante, receptor o tercera persona, por ninguno de los componentes donados; También en el mismo Decreto en su artículo 32 señala “la donación de componentes anatómicos no genera para el donante derechos susceptibles de valuación económica para el donante derechos susceptibles de valuación económica a título de retribución, compensación o indemnización por las secuelas que lleguen a presentarse a causa de la extracción de un órgano”.

Es de resaltar que el legislador, usó tres artículos encaminados especialmente a la prohibición de cesión de órganos a cualquier título oneroso (Arts. 1, 90, 22 numeral E). Con esto, se muestra que el principal propósito éste fue prohibir la negociación o cesión con las características de ese título, ello con el fin de cerrarles el camino a las personas que militan en el mercado negro de órganos.

Es menester reiterar que, hasta ese momento no se encontraba establecido el tipo penal en ninguna parte, para quien incurriera en esa conducta (venta de órganos). Las codificaciones antes citadas, sólo estaban encaminadas a imponer sanciones de tipo administrativo a las instituciones o entidades que omitieran algún precepto o requisito establecido para dichos procedimientos. Lo anterior lo podemos encontrar en el artículo 78 del Decreto 003 del año 1982, en donde establece lo siguiente: “Las sanciones administrativas impuestas por las autoridades sanitarias no eximen a los infractores de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar” también, el artículo 107 del Decreto 2363 del año 1986 señala que las “sanciones que se impongan de conformidad con lo dispuesto en el presente decreto no eximen de responsabilidad civil, penal o de otro orden en que pueda incurrirse.”

9.1.2 Ley 73 de 1988

Con esta Ley se adicionan algunos artículos a la ley anterior y también surge el Decreto Reglamentario 1172 del 6 de noviembre de 1989. La ley 73 de 1989, introduce dos novedades a través de las cuales un banco de órganos podría obtener algún componente anatómico; estas son: La donación formal de uno de los órganos pares por parte de una persona viva, para su implantación inmediata, y además, allí aparece por primera vez la figura de presunción legal de donación.

En ese sentido, entonces, podemos decir que hasta ese momento, a través de la anterior legislación, un banco de órganos contaba con cinco maneras para acceder a éstos y posteriormente distribuirlos: tres señaladas en la ley 9 de 1979 y dos en la ley 73 de 1988; pero, en cuanto al aspecto penal, dicho tema seguía inmutable, ya que si bien es cierto en muchos artículos de la ley 73 de 1988 y en su decreto reglamentario se prohibía el ánimo de lucro para el suministro de componentes anatómicos; los que se establecen en el artículo 7 de la Ley 73 de 1988, artículo 17 y 32 numeral 3, decreto 1172 de 1989; es decir, en ninguno de los 166 artículos que conforman dicho estatuto, se realiza un señalamiento de manera precisa y concreta, acerca de que conductas relacionadas con el mercado negro de órganos debían sancionarse penalmente, dejando con lo anterior un gran vacío en la ley, el cual debía ser suplido con normas de carácter general.

9.1.3 Decreto 1564 de 1988

Es el decreto por medio del cual, a través de su artículo 90, deroga integralmente el decreto 1172 de 1989, el cual se encargaba de la regulación de los diversos aspectos relacionados con los trasplantes de componentes anatómicos de seres humanos. Como aspecto novedoso de este decreto, aparece la posibilidad de donar gametos y embriones, para que sean utilizados con fines científicos y de reproducción asistida, es así como, es esta normatividad define al donante homólogo como la persona que aporta sus gametos para que sean implantados en su pareja con fines de reproducción y también indica el donante heterólogo, quien es la persona anónima que se presta para que sus gametos sean utilizados en persona diferente a su pareja.

Esta normatividad también se encarga de realizar una diferenciación entre bancos de componentes anatómicos y las unidades de biomedicina reproductiva. Es así como los primeros son instituciones encargadas de la obtención, almacenamiento y preservación de los componentes anatómicos, todo esto con el fin de conservarlos para que posteriormente sean distribuidos. Por otro lado las unidades de biomedicina reproductiva, eran definidas por el decreto como “todas aquellas que prestan servicio de estudio y asistencia, tratamiento e investigación en salud reproductiva con énfasis en fertilidad de la pareja, incluyendo tratamientos con técnicas de reproducción asistida que contemplan la obtención de preembriones que vayan en beneficio de la recuperación de la fertilidad tanto de la mujer como del varón, la obtención de material biológico con el mismo fin y la posibilidad de lograr un embarazo.” Del mismo modo indica que sólo se podrá utilizar componentes anatómicos, entre ellos, como ya se dijo, gametos y embriones, cuando exista consentimiento del receptor, del donante, y, a falta de éste, será tenido en cuenta el de los deudos o también se procederá con base en la presunción legal de donación.

En el título V de dicho decreto, indica que “todo programa de bioética reproductiva deberá basarse en la selección de donantes sanos y con ausencia de alteraciones genéticas que implique riesgos de anomalías congénitas, y garantizar la subsistencia de dicha circunstancia el tiempo que estos permanezcan activos en el programa.” A la vez señala cinco parámetros a los cuales debe ceñirse cualquier persona que desee donar sus gametos.

9.1.4 Decreto 2493 del 2004

Con este decreto se reglamenta de forma detallada las leyes 9 de 1979 y 73 de 1989, en relación con los componentes anatómicos y “regular la obtención, donación, preservación, almacenamiento transporte, destino, y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos de trasplantes o implante de los mismos en seres humanos”. Además, se deroga el decreto 1564 de 1988, dejando incólume los relacionados con la donación de gametos, preembriones, así como también, la regulación de las unidades de biomédicas reproductiva, centros o similares (Artículo 56, decreto 2493 de 2004).

Con la expedición de este decreto se comenzó a regular en Colombia, los trasplantes concernientes a tejidos y médula ósea; en el mismo se dejó taxativamente que sus disposiciones no aplicaban para trasplante de sangre ni para algún componente sanguíneo. Otra característica del decreto aludido es acerca del consentimiento el cual lo define como “es la manifestación de voluntad proveniente de aquella persona que tiene la calidad de donante o receptor de un componente anatómico, y que ha sido emitida en forma libre y expresa, luego de haber recibido y atendido la información relativa al procedimiento que debe practicarse”.

En cuanto a la donación, se tiene el acto mediante el cual una persona durante de su vida autoriza que en forma inmediata, o después de su muerte, se retiren de su cuerpo componentes anatómicos para que sean utilizados en otra u otras persona; establece de manera taxativa “la voluntad de donación expresa en vida por una persona sólo puede ser revocada por ella misma, y no podrá ser sustituida después de su muerte por sus deudos”. Tratando de evitar eso, se carnetizó a las personas, en donde ellas pueden manifestar su voluntad de donar los órganos que a bien lo tengan. Éste de acuerdo con la normatividad, será expedido sin ningún costo por los Coordinadores Regionales de la red de Donación y trasplantes de la jurisdicción del donante.

El artículo 15 del decreto mencionado: “prohíbe la remuneración o cualquier tipo de compensación o retribución por la donación o suministro de un órgano o tejido, y particularmente: 1. La gratificación o pago al donante vivo, a la familia, del donante fallecido, al banco de tejidos o de médula ósea, a la IPS, la EPS o cualquier persona natural o jurídica por la donación o suministro de órganos o tejidos humanos. 2. El cobro al receptor por el órgano trasplantado. La publicidad sobre la necesidad de un órgano o tejido, o sobre su disponibilidad, ofreciendo o buscando algún tipo de gratificación o remuneración. Se exceptúan del presente artículo los costos ocasionados

por la detección y mantenimiento del donante, el diagnóstico la extracción, la preservación, las pruebas o exámenes requeridos previamente para la donación o el suministro, el transporte, el trasplante el suministro de medicamentos y los controles subsiguientes a dicho procedimiento.”

9.1.5 Ley 919 de 2004

Para aludir a esta normatividad y contar con un contexto apropiado, se comenzará por citar un concepto de la OMS “Las partes del cuerpo humano no pueden ser objeto de transacciones comerciales” en el mismo documento, advierte que en algunos países existe un mercado en donde el organismo humano adquiere un valor inalcanzable: se trata del comercio ilegal de órganos. Dentro de los casos sobresalen en el mundo países como India y China. El primero era legal hasta el año 1995 que una persona vivía vendiera un riñón a otra. En la actualidad, después de recibir duras críticas de todos los organismos de la salud internacional, decidieron prohibir dicha práctica, aun así, se siguen registrando casos de forma oculta, esto según Rothman (1998). “Los vendedores son fundamentalmente personas con grandes deudas, y los compradores provenientes de clase media y alta de la India. También en Egipto y Kuwait se ha presentado tal fenómeno, lo cual no quiere decir que en todos los trasplantes de riñón que provienen de un donante vivo no relacionado (un 5% en total) exista un interés comercial. De hecho, según los expertos, en muchos casos estos órganos provienen de donaciones de un amigo de la pareja de la persona”.

Sigue el autor con que “otro ejemplo denunciado por las organizaciones humanas es el de China, en donde todavía siguen ocurriendo casos de venta de órganos de prisioneros ajusticiados. De hecho, y de acuerdo con la Human Rights Watch de Asia, entre dos mil a tres mil órganos que son extraídos cada año provienen de cuerpos de personas ejecutadas. De cualquier manera, la compraventa de órganos está totalmente prohibida y es calificada como aberrante por la Organización Mundial de la Salud y la Organización Médica Mundial, ya que según estas entidades los órganos y tejidos humanos sólo podrán obtenerse de voluntarios que los proporcionen gratuitamente.”

En su momento la práctica de tráfico de órganos ya estaba prohibida en todo el mundo, ya que los gobernantes temían que sucediera lo mismo que sucedió con la donación de sangre, en la que surgieron un sinnúmero de bancos de sangre, realizando el proceso de comercialización, bajo

mínimas condiciones de higiene y además aprovechándose de la necesidad económica de los donantes, deteriorando así la salud de las personas. Como alude Rothman(1988). “El comercio de partes corporales fomenta el homicidio, puesto que mucha gente con necesidad de dinero puede llegar a matar para vender los órganos de su víctima. Además, el trasplante de un órgano exige unas condiciones muy precisas, como son la certificación de la muerte cerebral del donante, la extracción inmediata del órgano, su conservación en buenas condiciones y el implante en un tiempo mínimo, que difícilmente pueden llegar a ser cubiertas por una organización ilegal”. Adicional a que antes de realizar el trasplante se deben cerciorar que le donante no padece ninguna enfermedad de tipo contagiosa, como también realizar los exámenes pertinentes a fin de determinar que el órgano a trasplantar es compatible con el receptor.

Por otro lado, para el éxito del trasplante no es suficiente con la sola realización del mismo, sino que, además; requiere seguir con unos medicamentos de por vida y con un tratamiento médico a fin de que el órgano no sea rechazado por el sistema inmunológico del receptor. Es por eso que si dicho procedimiento es realizado en una clínica clandestina, difícilmente se cumplirían con las garantías y control necesario; puesto que a través de los procedimientos que llevan los traficantes de órganos, difícilmente no se podría llegar a detectar enfermedades infecciosas o rechazos al órgano trasplantado por parte del receptor.

Adicional a lo anterior, se exponen igualmente que, la crisis económica surgida en Argentina en el año 2002, llevo a sus habitantes a puntos extremos de sobrevivencia, pues, en el caso del legislador Oscar Visconti, quien promovió el proyecto de ley en el que quedaba libre la venta de órganos Visconti (1994)“La idea era permitir que los ciudadanos puedan incrementar sus ingresos mediante la venta de sus pulmones, riñones y testículos, la idea era darle la posibilidad al pueblo de multiplicar sus haberes. Sabemos que varias familias pasas necesidades extremas. Es voluntad de la dirigencia dar las máximas libertades para el comercio; el gobierno sólo tendrá una partida del 58% en las ventas”. Del mismo modo en el proyecto se establecían que no se podría llegar a vender órganos que fueran vitales y también sólo se podrían vender órganos propios y los que vienen en pares. Aunque esta ley no fue aprobada, sí dio pie para que otros países revisaran sus políticas sobre el tema; ya que tenían de presente que, los móviles de la compraventa de órganos, eran de naturaleza económica.

El ponente del proyecto de la ley 919 del 2004, en su momento advirtió que en la Legislación Colombiana existe un vacío respecto a la donación, trasplantes de órganos y tejidos, debido a que tanto la ley 9 de 1979; como la ley 73 de 1988, establecen que la donación puede realizarse a través de tres mecanismos: 1. Manifestación en vida de la voluntad de donación, a través de un documento que reposa en los archivos de las redes de trasplantes o en los bancos de tejidos, y en un carné o distintivo que siempre porta el donante. 2. Decisión de los familiares cuando muera el ser querido. 3. Aplicación de la presunción legal de donación, mecanismo por el cual el Estado considera donante potencial a cualquier persona que haya fallecido, si en un lapso de seis horas no se presenta oposición a la donación por parte de un familiar cercano. Como entes encargados de estos procedimientos y de su promoción, están en Colombia: La corporación Davida del Ministerio de Salud, y las redes trasplante de Bogotá, Medellín y Cali.

Aun contando con las anteriores instituciones y las dos leyes que regular dicha práctica, anota el ponente del proyecto. “tanto el que compra como el que vende, aunque tengan buena intención y se aseguren de que no va a producirse lesiones irreparables en el receptor, equiparan la persona con un valor monetario, y esto no puede ser objeto de compraventa, pues queda reducida a un objeto con valor de mercado; además anota que la gran escasez de órganos, el fuerte aumento de la demanda y la concepción errónea de que gente sin recursos puedan salir de la pobreza por vender sus órganos, fomentan un mercado negro floreciente.... Termina diciendo: que el ser humano no puede poseer un precio, y en consecuencia se deben penalizar todas las modalidades de compraventa y tráfico de órganos”.

Fue así, como en el Congreso de la República, dicho proyecto se convirtió finalmente en la Ley 919 de 2004, “por medio de la cual se prohíbe la comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplantes, y se tipifica como delito su tráfico, cuyo texto es el siguiente:

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

Quien done o suministre un órgano, tejido o fluido corporal deberá hacerlo a título gratuito, sin recibir ningún tipo de remuneración por el componente anatómico.

Ni el beneficiario del componente, ni sus familiares, ni cualquier otra persona podrá pagar precio alguno por el mismo. o recibir algún tipo de compensación.

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

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

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

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

A partir de allí se creó La Red de Donación y Trasplantes de Órganos y Tejidos, fue creado por el Ministerio de la Protección social en el año 2004. La Red es el conjunto de entidades relacionadas con los procesos de donación y trasplante en el país. El Instituto Nacional de Salud por medio de la Resolución 214 de marzo de 2005, y de acuerdo con el Decreto 2493 del 4 de agosto de 2004, resuelve crear el grupo de donación y trasplantes, el cual tiene a su cargo la Coordinación Nacional de la Red de Donación y Trasplantes.

El Instituto Nacional de Salud como coordinador nacional de la Red de Donación y Trasplantes, realiza las funciones de la Coordinación Nacional de la Red, que están establecidas por el artículo 5 del Decreto 2493 de agosto de 2004:

- Establecer su organización interna y manual de funciones
- Implementar un sistema de información que permita integrar las bases de datos de las coordinaciones regionales e incorporarlas al sistema integral de información en salud
- Determinar la asignación de componentes anatómicos, con base en los criterios técnicos científicos de asignaciones únicas vigentes, cuando la asignación del componente no ha sido posible en el nivel regional.
- Emitir los conceptos o certificados para efectos del ingreso y salida de tejidos y órganos.
- Vigilar y controlar la gestión de las actividades de las coordinaciones regionales
- Coordinar con el Ministerio de la Protección Social y las entidades territoriales de salud las actividades de promoción de la donación.
- Desarrollar y mantener registros de las estadísticas remitidas por los bancos de tejidos y medula ósea e IPS a las coordinaciones regionales
- Cooperar con organismos e instituciones internacionales
- Presentar semestralmente al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud un informe sobre la situación actual de trasplantes” (s.f)

De la misma forma con la expedición de la ley mencionada, también se dejó un precedente el cual armonizó con la concepción de Estado Social y Democrático de Derecho, tal como lo expresa Usuna (1995) “En el Estado Social y Democrático de Derecho ya no prima solamente esa libertad individual, sino que va en torno a la estabilidad y seguridad del ser humano, de esa “persona”, sujeto de derechos, digna de que se le garanticen el mínimo existencial para su desarrollo íntegro y pleno posible dentro del contexto de la sociedad, ya que ésta se forma uniendo a cada sujeto en su individualidad, y para lograr esa sociedad armónica, estable e idónea es necesario idear planes socio-económicos en el que la vida y el medio en el cual se desarrolla estén satisfechos.

En la medida en que el Estado liberal de Derecho ha evolucionado hacia formas de Estado social de Derecho, los derechos fundamentales han dinamizado su propia significación al añadir, a su función de garantía de las libertades existentes, la descripción anticipadora del horizonte emancipatorio a alcanzar. La solidaridad pasa a ser el núcleo rector de la concepción de Estado social de Derecho en reemplazo de la idea del bien común como garantía al individuo del mayor espacio posible de autonomía privada y la igualdad real entre todos los miembros del Estado como base para que el ejercicio de la libertad pudiese ser universal”.

Los derechos sociales, entonces no se deben considerar como simples prerrogativas políticas, o como lo dice Gañán (2010), “los derechos deben trascender los simples enunciados programáticos a principios iusfundamentales. Principios iusfundamentales que sean fines en sí mismos, pero igual sean medios instrumentales para la materialización de la libertad fáctica que garanticen la exigibilidad real de tal derecho”.

Teniendo en cuenta lo explicado anteriormente, se puede decir que en un Estado social de Derecho se deben tener en cuenta tanto los aspectos socio-económicos como los culturales, ya que la garantía de los derechos fundamentales se hace más efectiva, pues aunque existen leyes *erga omnes*, Colombia es un país pluricultural y multicultural con respaldo en el art. 7 de nuestra carta política y es estudiando cada región con su respectiva cultura que se puede aplicar una mejor decisión a la hora de intervenir jurídicamente mediante organismos curativos y preventivos como lo es el ministerio de salud.

“efectivamente el derecho a la salud fue consagrado como un derecho humano en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el derecho a la salud es consagrado como un derecho a la preservación de la salud y al bienestar.” Gañán (2.010).

9.2 Análisis del tráfico de órganos derecho comparado

La donación de órganos, Norrie (1.985) la define como: "El procedimiento médico mediante el cual, se extraen tejidos de un cuerpo humano y se reimplantan en otro, con el propósito de que el tejido trasplantado, realice en su nueva localización la misma función que realizaba previamente".

Respecto a esto la Organización Mundial de la Salud se dirigió de la siguiente manera: “La extracción de células, tejidos y órganos de personas fallecidas o vivas para fines de trasplante sólo podrá efectuarse de conformidad con los siguientes Principios Rectores.”

1. **Consentimiento:** Este principio hace referencia a la capacidad y voluntad que tiene el sujeto de aceptar o no ser parte de la donación de órganos, así que, cada legislación debe tener regulado la forma de acceder a toda la información sobre cómo se va a efectuar dicha intervención médica, teniendo la certeza que al momento de morir, la persona estaba de acuerdo y no se oponía a su realización. Por lo tanto se debe verificar que el consentimiento esté libre de vicios como lo son el error, fuerza y dolo, situación en la cual si se llega a comprobar la existencia de alguno de ellos no se podrá llevar a cabo dicha intervención médica. Si se trata de un donante vivo, debe dársele la información suficiente, en otras palabras, aclararle todas las inquietudes por parte del equipo médico a tal dimensión que no se deje duda del alcance y efectos del procedimiento.
2. Los hospitalarios que hayan determinado la muerte de un donante potencial no deberán participar directamente en la extracción de células, tejidos u órganos de ese donante ni en los procedimientos subsiguientes de trasplante, ni ocuparse de la asistencia a los receptores previstos de esas células, tejidos y órganos: Este principio trata de evitar los conflictos de intereses que se pueden originar entre los médicos y el paciente a quien se le va otorgar el órgano en donación, es decir, es una garantía médico-paciente.

3. Las donaciones de personas fallecidas deberán desarrollarse hasta alcanzar su máximo potencial terapéutico, pero los adultos vivos podrán donar órganos de conformidad con la reglamentación nacional. En general, los donantes vivos deberán estar relacionadas genéticamente, legal o emocionalmente con los receptores.

La donación de personas vivas es aceptable si se obtiene el consentimiento informado y voluntario del donante, se le garantiza la atención profesional, el seguimiento se organiza debidamente, se aplican y supervisan escrupulosamente los criterios de selección de los donantes. Los donantes vivos deberán ser informados de los riesgos, beneficios y consecuencias probables de la donación de una manera completa y comprensible; deberán ser legalmente competentes y capaces de sopesar la información y actuar voluntariamente, y deberán estar libres de toda coacción o influencia indebida.

4. No deberán extraerse células, tejidos ni órganos del cuerpo de un menor vivo para fines de trasplante, excepto en las contadas ocasiones autorizadas por las legislaciones nacionales.

Deberán adoptarse medidas específicas para proteger a los menores, cuyo consentimiento se obtendrá, de ser posible, antes de la donación. Lo que es aplicable a los menores lo es asimismo a toda persona legalmente incapacitada.

5. Las células, tejidos y órganos deberán ser objeto de donación a título exclusivamente gratuito, sin pago monetario u otra recompensa.

Debe prohibirse la compra, o la oferta de compra, de células, tejidos u órganos para fines de trasplante, así como su venta por personas vivas o por los allegados de personas fallecidas.

La prohibición de vender o comprar células, tejidos y órganos no impide reembolsar los gastos razonables y verificables en que pudiera incurrir el donante, tales como la pérdida

de ingresos o el pago de los costos de obtención, procesamiento, conservación y suministro de células, tejidos u órganos para trasplante.

6. Se permitirá la promoción de la donación altruista de células, tejidos u órganos humanos mediante publicidad o llamamiento público, de conformidad con la reglamentación nacional. Deberá prohibirse toda publicidad sobre la necesidad o la disponibilidad de células, tejidos u órganos cuyo fin sea ofrecer un pago a individuos por sus células, tejidos u órganos, o a un pariente cercano en caso de que la persona haya fallecido, o bien recabar un pago por ellos. Deberán prohibirse asimismo los servicios de intermediación que entrañen el pago a esos individuos o a terceros.

Lo anterior quiere decir, que existen unos parámetros mundialmente establecidos los cuales permiten deducir cuál es el límite de acción para los gobiernos o entidades que en algún momento se les presente el caso de un trasplante de órgano. Así las cosas, se realizó el sondeo legislativo (análisis) de cuatro países, dos europeos y dos latino americanos, entonces obtuvimos lo siguiente en derecho comparado:

9.2.1 Argentina

La ley nacional 24193 del año 1977 es la que se encarga de regular todo los aspectos relacionados con los trasplantes de órganos en Argentina. Éste ente legislativo establece en su artículo 28 que “será reprimido con prisión de 6 meses a 5 años el que prometiére o efectuare pagos, retribuciones o compensaciones de cualquier tipo especie susceptible de valor pecuniario para el dador o para tercero”. De manera que, se puede decir que en esta primera parte, se estaría castigando la conducta de la persona que requiera un órgano, sea ésta un académico, un enfermo investigador y demás promete o entrega una suma de dinero al vendedor de la parte anatómica o a un tercero, que podría ser el intermediario; ya sea que se obtenga la parte corporal de un vivo o también de un cadáver.

Dice Stewert (1980) “... en la misma pena incurrirá quien reciba para sí o para terceros cualquiera de tales beneficios por la cesión del órgano o material anatómico, propios o de terceros”. En este lo que se sanciona es la mera intermediación, sancionado el comportamiento de quien se ofrezca como facilitador, en la obtención de una órgano corporal de otra persona. Es decir, que se trata de un tipo común, no especial, que puede realizar por cualquier autor, el cual estaría celebrando contratos de compraventa.

La enumeración de medios contractuales, a través de los cuales, podría surgir una relación a fin de obtener un provecho, son muchas, entre ellas esta: la comisión, la promesa, el aumento salarial. De manera que, con base en lo anterior, la legislación Argentina, especificó que lo que se tendría en cuenta como relevante en estos casos es que tenga valor patrimonial. Así, se tiene dos formas de realizar la conducta. La primera es pasiva, por esta se tiene el consentimiento de recibir, para sí o para un tercero, cualquiera de los beneficios pecuniarios que implique la negociación de los órganos o componentes anatómicos, sean estos propios o ajenos. Para el segunda, que sería la forma activa, se tiene que la sola promesa consuma el delito, es así, una conducta de peligro. La pasividad en cambio, requiere que haya una recepción efectiva órgano ofertado.

En la misma ley se sanciona con igual pena a “quien indujere o coaccionare por sí o por terceros, a cualquier posibledador o receptor a decidir por la afirmativa o negativa acerca de la recepción de órganos o materiales anatómicos, o de cualquier forma persuadiere decisiones que contravenga su libre voluntad”.

En necesario señalar que, en la legislación Argentina sobre trasplantes, cuenta con sanciones de carácter penal para todas las conductas que tengan que ver con la cesión de órganos a título oneroso; de no hacerlo de esa manera, el Estado estaría asintiendo o patrocinado el vergonzoso comercio ilegal de partes corporales que finalmente, sólo favorecería la vida y salud de las personas que tuviesen los recursos suficientes para pagar.

9.2.2 Venezuela

En este país como en otros, igualmente se prohíbe cualquier retribución o compensación económica dentro de los negocios jurídicos que se realicen en donde el objeto sea algún órgano humano; pero distinto a Argentina, en Venezuela sólo se sanciona con pena de 4 a 8 meses de prisión a quien. Según la ley sobre trasplantes del 10 de agosto del año 1972, artículo 6 el cual reza “que medie con propósitos de lucro en la obtención de órganos o materiales anatómicos con fines terapéuticos”. De modo que, basándonos en lo anterior, en dicho país, sólo será sancionada penalmente, quien se dedique de manera continua, reiterada y permanente al ejercicio de una labor de intermediación que tenga por objeto reunir o contactar a las partes, interesadas en realizar transacciones, en donde estén como objeto, alguna parte del cuerpo humano.

Es de resaltar que en la legislación Venezolana en lo concerniente al delito de tráfico de órganos; para terminar si la conducta si se encuadra en la descripción típica, es necesario, tener en cuenta aspectos subjetivos; es decir determinar si el actor tenía como concreto propósito un fin lucrativo; de no lograr descubrirlo, dicha conducta se tomará atípica.

En ese orden de ideas, se puede afirmar que si un sujeto interviene con el único propósito de salvar vidas o motivado por sentimiento de conmiseración, altruismo o solidaridad humana; sólo por ese hecho no será susceptible de encuadrarse en el tipo penal de la legislación Venezolana. Toda vez que se tendría como un comportamiento, socialmente aceptando, dada su característica de filantropía que apareja.

9.2.3 Italia

La ley No 644 de 1975, tipifica en Italia figuras delictivas orientadas a castigar las conductas en donde haya alguna compraventa de partes corporales; es así como el Artículo 19 de dicha codificación estipula una pena de 6 meses a 3 años, para el que “reciba dinero u otra utilidad o simplemente acepte su promesa, para consentir la extracción después de sus muerte de partes de sus cuerpo o de otra persona”.

Con esta descripción típica, da pie para afirmar que, en la legislación Italiana se sancionan dos conductas en las que tenga que ver con el tráfico de órganos. Por una parte, la que es realizada por la persona que en vida, enajena su cuerpo o parte de él, a través de un contrato, el cual está a título oneroso, y por la otra indica una sanción penal unas consecuencias penales para los deudos que vender parte del cadáver o todo.

El artículo 20 de la mencionada ley, le impone una pena de 2 a 5 años “al que proporcione a otro por lucro una parte del cadáver para usar con fines terapéuticos o realice sobre él cualquier forma de comercio”

También el artículo 19 prohíbe que una persona enajene en vida su futuro cadáver o que un familiar enajene le cadáver de su futuro deudo. Ello quiere decir, que la coincidencia entre los dos casos, es que en ambos negocio jurídicos se tiene como objeto un futuro cuerpo sin vida. De ahí es dable considerar que legislador Italiano se preocupó principalmente por proteger el cuerpo sin vida, lo anterior obedece a aspectos sacramentales del cadáver. En ese orden de ideas, de acuerdo con la

legislación italiana sólo es sancionable las conductas relacionadas con el tráfico de órganos en las que se involucren directa o indirectamente el cuerpo humano ya sin vida.

9.2.4 España

En el país vasco diferencia de los otros, no se cuenta con una ley de órganos que permita orientar el castigo de las conductas relacionadas con el tráfico anatómico. En el caso eventual de llegar a presentarse este hecho, se recurre al entonces Código Penal de 1995-, específicamente al artículo 428, en el que se señala una pena de forma atenuada para quien ocasione la mutilación de un cadáver con fines terapéuticos, y otra agravada en caso en el que el agente proceda la anterior conducta pero movido por al ánimo de lucro.

Para el año 1996 se estudió un proyecto de ley, que finalmente no se aprobó, el cual contenía en su artículo 6 las penas para el que facilitara a efectos del trasplante con ánimo de lucro, algún órgano o pieza anatómica. Con éste proyecto de ley, se pretendía asegurar la total espontaneidad en la cesión de partes del cuerpo humano y a la vez resguardar las necesidades terapéuticas y científicas, evitando con ello que se presentara algún tipo de discriminación al acceso a la salud.

Es de anotar que ya en España desde el año 1979, a través de la ley 30, se reglamentó lo relacionado con la extracción y trasplante de órganos, es así como en su artículo 2, la mencionada ley expresa “no se podrá recibir compensación alguna por la donación de los órganos. Se arbitrarán los medios para que la realización de estos procedimientos no sea en ningún caso gravosa para el donante vivo ni para la familia del fallecido. En ningún caso existirá compensación económica alguna para el donante, ni se exigirá al receptor precio alguno por el órgano trasplantado”.

Con base en la ley anterior, para la obtención de un órgano proveniente de un donante vivo, es necesario, que se otorgue por parte de aquel, un consentimiento informado, el cual debe reunir las características de ser: Libre, expreso, consciente y por escrito. De manera que no podría obtenerse ningún tipo de órganos de personas que debido a deficiencias físicas, mentales u otras causas, no pudieran otorgar su consentimiento expreso, libre y consciente (Art 4). Finalmente dicha ley establece que, para las personas que no hayan hecho oposición expresa acerca de la extracción de sus órganos; en este caso se haría el procedimiento con fines terapéuticos o científicos.

Existen también otras normas que regulan dicho tema, entre ellas está el real decreto 411 de 1996, el cual indica que, en ningún caso podrá facilitarse o divulgarse información que permita la ubicación (identificación) del donante o del receptor, y tampoco podrá percibir compensación económica alguna para el donante o para otra persona; como tampoco se exigirá al receptor precio alguno por el tejido implantado; pero sí se deberá garantizar al donante vivo la asistencia precisa para su mejoramiento y restablecimiento. También expresa, que cualquiera de las actividades desarrolladas por los bancos de tejidos humanos será sin ánimo de lucro, sólo existiendo la compensación de gastos derivados de su actividad (Art 5).

De igual manera el decreto real 2070, en su artículo 8, demarca el principio que se debe manejar, como lo es la gratuidad de las donaciones de órganos, de la siguiente manera: “1. No se podrá percibir gratificación alguna por la donación de órganos humanos por el donante, ni por cualquier otra persona física o jurídica. 2. La realización de los procedimientos médicos relacionados con la extracción, no será, en ningún caso, gravoso para el donante vivo ni para la familia de éste, en el caso de haber fallecido.3. Se prohíbe hacer cualquier publicidad sobre la necesidad de un órgano o tejido o sobre su disponibilidad, ofreciendo o buscando algún tipo de gratificación o remuneración. 4. No se exigirá al receptor precio alguno por el órgano trasplantado, y 5. Se prohíbe la publicidad de la donación de órganos o tejidos en beneficio de personas concretas o de centros sanitarios instituciones determinadas. Como garantía del principio de gratuidad, el real decreto dispone igualmente que “no podrán facilitarse ni divulgarse información que permita la identificación del donante y del receptor de órganos humanos”.

Consultas en las fiscalías departamentales, juzgados penales y fundaciones acerca de las denuncias o quejas, recibidas y cuál es su esquema de atención a la luz del derecho comparado.

Se realizaron las consultas sobre el tema en las siguientes Instituciones: Fiscalía, en su subdirección, apoyado en sistemas. En el Instituto de Medicina Legal, se le consultó a su director departamental: William Escobar G, quien a su vez extendió dicha consulta a su jefe regional, coincidiendo los dos con la negativa, respecto a que no han tenido durante ese lapso ninguna queja o denuncia que los lleve a concluir que ha alguna persona se le haya extraído alguno de sus órganos sin su consentimiento o sin el de alguno de sus deudos; afirmando que en el caso de ellos recibir para la necropsia un cuerpo que le falte alguno de sus órganos, el médico forense inmediatamente revisa las observaciones que hizo el hospital que remitió el cadáver y, en ellas debe aparecer la explicación del por qué de dicha extracción.

En cuanto al esquema de atención a las personas que requieren un órgano o quienes desean donar es el siguiente:

Esquema de atención en Colombia:

“La Red de Donación y Trasplantes de Órganos y Tejidos, fue creada por el Ministerio de la Protección social en el año 2004. La Red es el conjunto de entidades relacionadas con los procesos de donación y trasplante en el país. El Instituto Nacional de Salud por medio de la Resolución 214 de marzo de 2005, y de acuerdo con el Decreto 2493 del 4 de agosto de 2004, resuelve crear el grupo de donación y trasplantes, el cual tiene a su cargo la Coordinación Nacional de la **Red de Donación y Trasplantes.**”

Para ser un donante en Colombia primeramente se debe hablar con la familia y dejarlo claro, después es necesario adquirir el carné de donante de órganos y tejidos a través del Instituto Nacional de Salud, en donde estipulan los pasos para adquirir dicho carné

Esquema de atención en Argentina:

La regulación de la donación de órganos en este país está en cabeza del Instituto de Trasplante de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que fue creado por la Ley N° 3294/09.” Es el organismo dependiente del Ministerio de Salud del Gobierno de la Ciudad, responsable de coordinar, regular y desarrollar todos los procesos de donación y trasplante de órganos y tejidos en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, de acuerdo a la Ley 24193 y modificatoria Ley 26066”

En la página INCUCAI del Ministerio de Salud, están todos los pasos que se deben seguir para poder ser un donante de órganos y tejidos y lo expresan así:

“El Registro Nacional de Expresiones de Voluntad para la Donación de Órganos y Tejidos para Trasplante concentra todas las manifestaciones en relación con la donación de órganos de todo el país.

Podés expresar tu voluntad sobre la donación de órganos a través de los siguientes canales:

Registrándote a través de la web del INCUCAI. Cuando completes tu ficha de inscripción te enviaremos un mensaje por correo electrónico solicitando una confirmación para ingresar tu decisión en el Registro Nacional de Expresiones de Voluntad. Te recomendamos imprimir tu credencial, firmarla, conservarla y compartir tu decisión con tus familiares y amigos. Llamando a la línea telefónica gratuita del INCUCAI, 0800 555 4628 (INCUCU).

Se solicitará una dirección de mail, a la cual se enviará un mensaje solicitando una confirmación para ingresar tu decisión en el Registro Nacional de Expresiones de Voluntad

Asentándolo en el momento de tramitar el nuevo Documento Nacional de Identidad.

Para hacerlo, debés manifestar tu intención de expresar la voluntad a los operarios de los Registros Civiles. Firmando un acta de expresión de voluntad. Podés hacerlo en el INCUCAI o en los organismos provinciales de ablación e implante de todo el país.

Para manifestar la oposición a la donación. Además de los canales mencionados, se brinda la posibilidad de enviar un telegrama gratuito desde las dependencias del Correo Argentino. Recordá para tener validez tu telegrama debe contener Nombre y Apellido, DNI y Domicilio.”

Esquema de atención en Venezuela

La Organización Nacional de Trasplante de Venezuela ha venido teniendo iniciativas acerca de cómo donar sus órganos y tejidos; así, “en el caso de que una persona fallezca, el equipo humano del Sistema de Procura de Órganos y Tejidos (SPOT) conversará con sus familiares más cercanos acerca de la donación de sus órganos y tejidos. Por lo tanto, es muy importante hablar con

anticipación sobre la donación de órganos y tejidos en el seno familiar, muy especialmente si ha firmado una tarjeta de donante voluntario.”

Esquema de atención en España

La Junta de Andalucía es la encargada de difundir los programas de donación y trasplante, y a través de su página web explica su definición y los pasos que se deben seguir así: “El trasplante de órganos y tejidos es un tratamiento eficaz que permite solucionar graves problemas de salud para los que no existen otras alternativas. La donación de órganos salva muchas vidas. Más de 8.000 enfermos recuperan la salud cada año en España gracias a tratamientos con trasplantes”.

Así que, la forma en que una persona puede convertirse en donante es de la siguiente manera:

“Si quieres ser donante el procedimiento más sencillo es comunicar la decisión a tus familiares más allegados. Ellos serán siempre consultados en caso de fallecimiento.

También puedes:

- Obtener tu tarjeta de donante
- Inscribirte en el registro de voluntades vitales anticipadas”

11 Capítulo III

Descripción de los casos que se han presentado en Colombia y en los países susceptibles de comparación en lo pertinente al tráfico de órganos.

11.1 Argentina

Según Cadena 3.com “Jorge Villada, presidente de la Cámara Federal de Salta, confirmó a Cadena 3 que en la frontera entre Argentina y Bolivia se registran casos de tráfico de órganos, además de armas, drogas y personas.

"El tráfico de órganos deviene del tráfico de personas porque no se sabe cuál es el fin de la persona que se busca: si la prostituyen o si la utilizarán para extraer algún órgano, pero es una realidad que preocupa al país vecino", dijo Villada.

El camarista precisó que los casos de tráfico de órganos se registran por La Quebrada mientras que las víctimas de la trata y explotación sexual llegan por Pocitos, localidad del departamento Tarija de Bolivia

"Sabemos que el año pasado rescatamos a más de 500 personas de situación de explotación en Salta", agregó Villada.

En este sentido, la ministra de Justicia, Virginia Velazco, anunció ayer que reforzará la seguridad ciudadana en Bermejo de Bolivia."

"En Bermejo hemos encontrado dos cadáveres donde se evidenciaba que había tráfico de órganos", afirmó Velazco."

11.2 Italia

"La extracción de órganos a niños peruanos"

"En 1994, Eric (1994), director de la Organización Mundial contra la Tortura (OMCT) presentó un documento acerca del "Comercio de Órganos y la Tortura". En el documento, mostraba su creencia de "la emergente evidencia que apoya las sospechas de una red involucrada en el tráfico de seres humanos para trasplante de órganos". Entre los 6 países latinoamericanos en los que funcionaría esta red estaba Perú.

Sottas citó un artículo de Maite Pinero publicado en agosto de 1992 en "Le Monde Diplomatique", donde se señalaba que "en el Perú un total de mil niños fueron enviados por el abogado estadounidense Patrick Gagel a su país y a Italia en 30 meses" para extraerles órganos. Además, en el mismo material se citaba el caso de Villela.

En efecto, el abogado fue arrestado en Perú en 1992 acusado de tramitar adopciones ilegales. Gagel quien había llegado al país en 1989 bajo una beca Fulbright ayudó a reformar el sistema de justicia criminal en el país e inició un servicio de adopción en 1990 junto a un abogado peruano. En un artículo publicado por "Los Angeles Times" Gagel dijo que al entonces comandante PNP Víctor Prado, jefe de la División de Personas Desaparecidas de la Policía, le había pedido 300 dólares por cada certificado, pero él se había negado a pagar.

El mismo oficial lo había acusado de operar una red de tráfico de niños junto a 22 peruanos. Los ciudadanos peruanos incluían los propios empleados de Gagel, su socio, madres indigentes que cuidaban a los bebés para adoptarlos y personas cuyos nombres “fueron encontrados en una tarjeta”, pero que el abogado negó conocer.

Sin embargo, el artículo de Pinero nunca mostró evidencias factibles sobre este caso y se limitó a repetir alegatos sin sustento. Por el contrario hizo afirmaciones que consolidaron aún más la leyenda:

Nadie niega la existencia de un mercado clandestino [de órganos] de la muerte. Las poblaciones miserables del Tercer Mundo son sus víctimas. Después del oro, plata y piedras preciosas, después del petróleo, el algodón, ¿la búsqueda de órganos es la versión moderna del saqueo de norte a sur?”

Según Borell (s/f) Un hombre de nacionalidad italiana, decadente en su facultad generativa, mediante el pago de 10.000 libras consiguió que otra persona se dejara extraer uno de sus testículos para la práctica del injerto “Voronoff”. Un médico practicó las operaciones correspondientes.”

11.3 España

Según el periódico el País de España “Un juez ha procesado a cuatro personas en el primer caso de venta de órganos en España. Una tentativa que no logro consumarse. El titular del juzgado de instrucción 3 de Valencia atribuye a los acusados los supuestos delitos de tráfico ilegal de órganos y trata de seres humanos. La ley española prohíbe que se negocie en esta materia, controlada por la Organización Nacional de trasplantes

Los hechos tuvieron lugar presuntamente hacer tres años cuando, según la resolución judicial, los imputados ofrecieron hasta 40.000 euros a ocho inmigrantes y una española a cambio que donasen parte de su hígado. Los candidatos tenían en común "una situación especialmente vulnerable" por "su procedencia" y su "situación de penuria económica". El destinatario del trasplante iba a ser un libanés de 61 años con una grave dolencia hepática.

El resto de procesados son otro libanés y dos palestinos. La policía los detuvo en 2014. Para entonces el trasplante ya se había realizado, pero según el juez el donante final fue su hijo, no fue a cambio de dinero y no resultó ilegal.

Una clínica privada rechazó hacer el trasplante "al sospechar de la existencia de incentivos". Los acusados llevaron a los candidatos a realizarse pruebas y entrevistas a clínicas privadas en Valencia y Navarra. Pero o bien resultaron no compatibles o bien, como en el caso de la Clínica

Universitaria de Navarra, la operación fue rechazada por "la comisión ética al sospechar de la existencia de incentivos". Una de las posibles donantes fue rechazada presuntamente por el hecho de ser mujer.

Los gastos de los análisis de sangre, resonancias y TAC fueron abonados a través de una empresa con sede en Alicante de la que era copropietario un primo del libanés que requería el trasplante. El empresario no ha sido, sin embargo, procesado al no haber apreciado el juez Francisco Silla indicios suficientes de su participación en los delitos.

La investigación se inició con la denuncia de una ONG, después de que un inmigrante argelino advirtiese a sus responsables de que le habían ofrecido dinero a cambio de parte de su hígado. La resolución del magistrado, contra la que cabe recurso, deja a los acusados a un paso del banquillo de los acusados.”

11.4 Colombia

De acuerdo con el diario del Otún (2013)

“Tráfico de órganos es un mito urbano. En Colombia no existe ni una sola denuncia por tráfico de órganos, según manifestó Patricia Álvarez, directora ejecutiva de la Fundación Capullos en Risaralda.

Así mismo, el tráfico de órganos en el país no es posible teniendo en cuenta que son muy pocos los transplantólogos y porque el tiempo comprendido entre la extracción de un órgano y el tiempo máximo para que se efectúe el trasplante, es muy corto. Duración. Los riñones una vez que se extraen tienen un tiempo aproximado de 18 horas para que el órgano no muera. Por su parte el hígado puede llegar a durar alrededor de 10 horas desde la extracción. Mientras que el páncreas puede llegar a tener una duración de 8 horas. Y por último el corazón, el cual es uno de los de menos duración, ya que solo dura alrededor de 4 horas, según aclaró Álvarez. Esta es otra de las razones para que no sea posible tener un banco de órganos, sin embargo sí es posible tener un banco de tejidos como córneas o huesos.

Disminución

En Colombia el número de donantes de órganos durante el 2013 se ha reducido debido a algunas publicaciones en medios nacionales, en las que se asegura que personas extranjeras estaban viniendo al país y recibían un trasplante de órgano casi de inmediato, mientras hay colombianos que han esperado por más de 2 años para recibir dicho tratamiento. Igualmente hay otros inconvenientes para que las personas no sean donantes de órganos en el país, como son el tema

religioso y el miedo a hablar de la muerte. Álvarez señaló que la Fundación Capullos recibe mucha colaboración por parte de la Diócesis de Pereira, especialmente con las eucaristías, sin embargo hay muchos fieles que todavía piensan que necesitarán los órganos para la resurrección, mito que no es verdad. Además, la donación de órganos se hace cuando el donante está a punto de morir y en Colombia hablar de la muerte es un tema tabú.

Fundación

La Fundación Capullos fue fundada en el 2007 con el propósito de sensibilizar a las personas en el tema de la donación de órganos.

En los últimos 3 años, más de 100 personas en Risaralda han entrado en la lista de espera para recibir un trasplante. Así mismo en el 2013 se han entregado 35 volantes con información sobre la donación.”

No obstante a la noticia anteriormente citada, en Colombia se ha presentado los siguientes casos:

Primero: Honorable tribunal de Medellín, M.P Dra Martha Elena Jaramillo, providencia del 14 de marzo de 1986 Farfan (2006) “dos galenos que practicaban una diligencia de necropsia retiraron el tejido corneal de una cadáver sin consentimiento de los familiares. Los respectivos deudos llevaron ante los estrados judiciales una denuncia penal contra o galenos que practicaron etas ablaciones. El proceso se inició por los delitos de hurto e irrespeto de cadáveres.

Segundo: Según el Periódico el Espectador (2004) “El médico Oftalmólogo Luis José ScafJaraba, quien oficiaba como Presidente de la Corporación Banco de Ojos de Colombia (Cobancol) denunció a los medios de comunicación, en junio de 2004, que en Colombia existe un mercado negro de exportación ilícita de corneas al exterior. En su criterio, la dirección ejecutiva de Cobancol ordena la exportación ilícita de corneas al exterior, simulando que proceden con fines humanitarios. Dice que entre 1996 y 2003, se enviaron 1.062 córneas a Venezuela, España, Argentina, Brasil, Paraguay, Egipto y Arabia Saudita, por un monto cercano a los 1.000 millones de pesos, sin permiso de las autoridades sanitarias colombianas, y violando las disposiciones legales vigentes que prohíben el animo de lucro con respecto a dicha actividad.

12 Conclusiones

Con todo lo anterior, después de haber realizado un detallado y suspicaz análisis, tenemos para decir lo siguiente:

Haciendo una revisión de los parámetros legales con los que cuenta Colombia y otros países, para contrarrestar el flagelo del tráfico de órganos y al mismo tiempo para garantizar el derecho a la vida y a la salud, se puede decir como conclusión; que este fenómeno es reciente, y su modalidad delictiva obedece a criterios económicos, los cuales siendo tan novedosos, carecían hasta hace poco de figuras penales tradicionales; habida cuenta de que muchos sectores parecían rezagados ante los avances de la técnica y de la ciencia médica; en tal sentido, obligaba a que se recurriera a tipos penales clásicos que con frecuencia se mostraban insuficientes, fue así como muchos países optaron por regular el tráfico de órganos de manera integral, introduciéndolo en las leyes especiales referentes al trasplante de partes corporales. De esta manera, los estatutos normativos sobre el trasplante de órganos que los rigen, no sólo prohíben expresamente cualquier retribución o compensación económica cuando se trate de la cesión de las partes corpóreas, sino que además, fijan dentro de la misma normatividad sanciones penales por el incumplimiento de tales preceptos.

En Colombia, conductas como las descritas en el artículo 29 de la ley nacional 24193/77 de Argentina el cual reza. “quien introdujere o coaccionare por sí mismo o por terceros, a cualquier posible dador o receptor a decidir por la afirmativa o negativa acerca de la recepción de órganos o materiales anatómicos, o de cualquier forma persuadiere decisiones que contravenga su libre voluntad”.

Lo anterior, es subsumida por la legislación Colombiana, específicamente en la figura del constreñimiento ilegal el cual se encuentra tipificado en el artículo 182 del Código Penal- Ley 600 de 2000- en el que se protege la autonomía personal como bien jurídico. A través de la anterior descripción típica se sanciona la conducta del que “constraña a otro a hacer, tolerar, u omitir alguna cosa”, de manera que ésta absorbe a aquella.

En cuanto a Italia, es también menester precisar que el legislador se preocupó, desde la perspectiva sacramental y eclesiástica, pues, como se pudo notar en su legislación, quisieron tutelar la intangibilidad y el carácter espiritual, del cadáver, en el sentido, que sólo se sancionan las

conductas del tráfico de órganos, en las que se involucren de manera frontal o no, el cuerpo humano ya sin vida. Cabe resaltar que gracias a la pluriculturalidad, del mundo, cada legislación, puede llegar a tomar un asunto público como éste, desde distintas perspectivas éticas y religiosas.

En el caso de Venezuela, es pertinente del mismo modo, anotar, que en ese país, sólo se condena penalmente la intermediación con fines lucrativos, pecuniarios y especulativos, surgiendo con de esto que las demás conductas relacionadas con el tráfico de órganos; no tiene por ninguna parte consecuencias relacionadas en el ámbito del derecho criminal.

Por último, es necesario decir por parte de la legislación Colombiana que, antes de la expedición de la ley 919 de 2004, no existían conductas sancionadas penalmente; es decir, la nación no contaba con una ley especial sobre trasplantes de órganos ni un estatuto punitivo que permitiera sancionar con tipos penales concretos el tráfico de órganos. Antes de la mencionada ley se debía acudir a tipos penales genéricos, en los cuales eran difícil poder hacerlos encajar con comportamientos relacionados con el tema. Por tanto, existían conductas que eran absorbidas por los tipos tradicionales del Código Penal, y que por consiguiente eran sancionables, y otras que no encuadraban en ningún tipo, y era por esto que no estaban sometidas a sanciones de carácter represivo.

De lo anterior, resulta conveniente decir que, antes de la ley 919 de 2004, habían conductas que ni siquiera permitían adecuarse a uno de los tipos penales tradicionales, como lo eran, la venta de órganos simétricos entre vivos, siempre y cuando no existiera ningún tipo de coacción, violencia o constreñimiento para inducir a la celebración del acto; la venta de cualquier tipo de órgano para que la ablación surja después de que muera el cedente; y la venta del cadáver o de alguna de sus partes, realizada por los deudos.

En ninguno de los anteriores eventos se hubiese podido llegar a endilgar algún tipo de responsabilidad penal; la única sanción disponible en su momento era la declaratoria de nulidad de los contratos celebrados por las personas antes mencionadas; pero podría proceder algún tipo de enjuiciamiento de características criminales.

Y lo anterior es sencillamente porque, en el evento de estas personas haber sido juzgadas y condenadas penalmente, se estaría violentando evidentemente, principios del Derecho Penal Colombiano, y especialmente uno, como lo es: El principio de tipicidad y legalidad, los cuales

constituyen la principal garantía política, jurídica y social de las libertades de todas las personas, ya que deja en claro cuáles van a ser las reglas a las que se debe ceñirse cualquier persona que esté sometido a la ley Colombiana.

Además de lo anterior recientemente la Corte Suprema de Justicia ha expresado que “...si dentro de las seis horas siguientes a la ocurrencia de la muerte cerebral o antes de la iniciación de una autopsia médico legal los deudos del fallecido no expresan su oposición a la ablación, opera la presunción legal de donación sobre la persona que en vida no se manifestó en contra de la extracción de órganos...”

Por lo anterior, según la Corte Suprema de Justicia antes de la extracción de un órgano a una persona fallecida es deber del Instituto de Medicina Legal consultar con sus familiares y obtener la autorización previa ya que este actúa como garante sobre el cuerpo sin vida y, se hace menester el consentimiento familiar teniendo como fundamento el principio Constitucional de libertad de conciencia y de cultos.

“Lo anterior, sin desconocer que existen razones humanitarias y de naturaleza científica que limitan la disposición de los restos mortales del fallecido, que justamente sirvieron de fundamento para expedir la Ley 73, cuyo objetivo era destacar el principio de solidaridad, y por ende, el de la función social del cadáver”.

13 Datos bibliográficos

1. Molina F.(2006).*Tráfico de órganos humanos y ley penal*. Bogotá P.17.
2. Ley 919 de (2004). Diario oficial 45771 de diciembre 23 del 2004.Se puede encontraren:<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=15507>.
3. Página web de la red de trasplantes de la Gobernación de Antioquia. Se puede encontrar en:
http://www.dssa.gov.co/donacionytrasplantes/index.php?option=com_k2&view=item&id=20:donacion-de-organos-y-tejidos&Itemid=135#faqnoanchor.
4. Sentencia C-760 (2008.Corte). Constitucional de Colombia. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
5. Ley 73. (1988). Diario oficial 38623 de diciembre 21 de 1988. Se puede encontrar en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14524>.
6. Ley 9. (1979). Diario oficial. Recuperado el 28 de julio de 2015 en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1177>.
7. Sanguinio. A (1987). *Trasplantesde órganos y sus implicaciones médico-legales*.EdiLealon. Medellín. P.23.
8. Ospina. G. (1983). *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*. 2ª .Edi.Temis. P. 18.
9. Decreto 2493 (2004). Diario oficial 45631 del 5 de agosto del 2004. Recuperado el 31 de julio de 2015 en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14525>.
10. Instituto nacional de salud. Encontrada el 29 de julio de 2015. Recuperado el 31 de julio de 2015 en: http://www.ins.gov.co/lineas-de-accion/red-nacional-laboratorios/paginas/red-de-donacion-y-trasplante-de-organos-y-tejidos.aspx#.Vb_aXfN_Oko.

11. Diario del Otún. Publicado el 21 de enero del 2013.. Recuperado el 31 de julio de 2015 en:<http://www.eldiario.com.co/seccion/RISARALDA/795-trasplantes-de-rganos-se-hicieron-en-la-regi-n1302.html?score=4&id=90702>.
12. Aristóteles. *La política*.(s.f) P.3. Recuperado el 31 de julio de 2015 en:<https://www.marxists.org/espanol///tematica/cienpol/aristoteles/pol.pdf>.
13. Página de las Naciones Unidas. Véase a través del: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>.
14. Código de Nuremberg. Tribunal Internacional de Núremberg, 1947.recuperado el 31 de julio de 2015 en:<http://www.bioeticanet.info/documentos/Nuremberg.pdf>.
15. Gañán.J. (2010). *Prevalencia de la libertad económica sobre el derecho fundamental a la salud una razón de su ineficacia caso del plan obligatorio de salud del régimen contributivo*. Recuperado el 31 de julio de 2015 en:<http://tesis.udea.edu.co/dspace/bitstream/10495/1437/1/JAIME%20LE%20C3%93N%20GA%20C3%91%20RUIZ.pdf>.
16. Osuna. N(1995), *apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales*.Bogotá. EditU.externado. P 31
17. Constitución Política de Colombia.(1.991).Encuentrese en:[http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion Política de Colombia.htm](http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion%20Pol%C3%ADtica%20de%20Colombia.htm).
18. Periódico el Tiempo. (2015).*El tráfico de órganos no existe*. Recuperado el 31 de julio de 2015 enen: <http://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/trasplante-de-organos-en-colombia/15347979>.
19. Isaza. S.(2.002).Discurso. Recuperado el 31 de julio de 2015 en: <http://encolombia.com/medicina/revistas-medicas/heraldo-medico/vol-231/heraldo231-discurso/>.
20. Ley 100 de 1.993. Diario oficial 41.148 del 23 de diciembre de 1.993.
21. Ley 90 de 1.946.Diario oficial 26.322 del 7 de enero del 1.947.

22. Orozco J.(2.006). *Porqué reformar la reforma*. Edición electrónica. Recuperado el 31 de julio de 2015 en:www.eumed.net/libros/2006/jmo/.
23. Norrie Mc. Human tissue transplants: legal liability in different jurisdictions. *International and comparative Law Quarterly* 1985; 34(3): 442-53.
24. Organización Mundial de la salud. Aprobados por la 63.^a Asamblea Mundial de la Salud, de mayo de 2010, en su resolución WHA63.2.
25. Instituto Nacional de Salud. Circular No 0063 del 3 de septiembre del 2012. Recuperado el 31 de julio de 2015 en:<http://www.ins.gov.co/lineas-de-accion/Red-Nacional-Laboratorios/Marco%20Legal/Circular%201000-0063-03%20sep%202012%20Alerta%20para%20prevenir%20trafico%20de%20tejidos.pdf>.
26. Organización Mundial de la Salud.(s.f)”La salud..Recuperado el 31 de julio de 2015 en;<http://www.who.int/suggestions/faq/es/>.
27. Mittelbrunn (2006).Conceptos fundamentales de la salud a través de su historia reciente. Recuperado el 31 de julio de 2015 enen:http://www.fedicaria.org/miembros/fedAsturias/Apartado_7/CONCEPTOS_FUNDAMENTALES_SALUD_HISTORIA_PONTE.pdf.
28. Declaración de Alma –Ata.Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, Alma-Ata, URSS, 6-12 de septiembre de 1978. Recuperado el 31 de julio de 2015 en documento digital:
http://www.promocion.salud.gob.mx/dgps/descargas1/promocion/1_declaracion_deALMA_A_ATA.pdf.
29. Organización Nacional de Trasplante. España. Primer trasplante cardiaco.(s.f) Recuperado el 31 de julio de 2015 en:<http://www.ont.es/home/Paginas/Primertrasplantecardiaco.aspx>.
30. Ley sobre trasplante de organos y materiales anatómicos en seres humanos. Gaceta Oficial No. 4.497 Extraordinario, Caracas jueves 3 de diciembre de 1992. Recuperado el 26 de julio de 2015 en: <http://www.transplant-observatory.org/SiteCollectionDocuments/amrlegethvensp.pdf>.

31. Ley 30 de 1979. Órgano JEFATURA DEL ESTADO publicado en BOE núm. 266 de 06 de Noviembre de 19. Recuperado el 15 de julio del 2015 en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/130-1979.html.
32. Ley 24193 (Actualizada por Ley 26066, 25281) trasplantes de órganos y materiales anatómicos; Publicación: B.O. 17/I/992. Recuperado el 23 de julio del 2015 en <http://www.cucaiba.gba.gov.ar/viejo/Bibliografia%20Canuelas%202013/ley%2024193%20y%20sus%20modificaciones.pdf>.
33. Página del hospital Sanvicente Colombia. Véase a través del: <http://hospitaluniversitario.sanvicentefundacion.com/index.php/comunidad-online/noticias/107-noticias-del-hospital-universitario/648-40-anos-primer-trasplante-de-organo>.
34. Cebotarev (2003). El Enfoque Crítico: Una revisión de su historia, naturaleza y algunas aplicaciones, recuperado el 3 de septiembre del 2015: http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1692-715X2003000100002&script=sci_arttext.
35. Chacón G (s/f) Ponencia ante el senado de la ley 73/1988, P 65.
36. Página periódico Argentino, recuperado el día 3 de octubre del año 2015: <http://www.cadena3.com/contenido/2015/03/19/142891.asp>.
37. Sottas, Eric (1994). Trade in organs and torture. Presentation and report for Eurosciences Media Workshop. Ginebra: World Organization Against Torture recuperado el día 3 de octubre del año 2015 <http://leyendasurbanaseninternet.blogspot.com.co/2007/08/el-trfico-de-rganos-y-las-leyendas.html>.
38. El Diario el Otún publicado el 16/10/2013. Recuperado el 2 de octubre del 2015 en: <http://www.eldiario.com.co/anteriores/16-10-2013/tr-fico-de-rganos-es-un-mito-urbano1310.html>.
39. David J. Rothman (1988) The International Organ Traffic. Recuperado en: <http://www.nybooks.com/articles/archives/1998/mar/26/the-international-organ-traffic/>.
40. Borell Macia Antonio. (S/F). Ob. Cit P 74.

41. Periódico El Espectador “mercado negro de las corneas” No 34.079, semana del 13 al 19 de junio 2004, páginas 1,2 y.
42. Periódico Ámbito Jurídico “Estado debe responder por donación de órganos sin consentimiento” 28 de septiembre al 11 de octubre de 2015.P 8.
43. Junta de Andalucía España
<http://www.juntadeandalucia.es/temas/salud/servicios/donacion-organos.html>
44. Instituto Nacional de Salud http://www.ins.gov.co/lineas-de-accion/red-nacional-laboratorios/paginas/red-de-donacion-y-trasplante-de-organos-y-tejidos.aspx#.VhOsOx_Oko
45. INCUCAI-Argentina <http://www.incucai.gov.ar/index.php/comunidad/como-ser-donante>
46. Instituto Nacional de Trasplante de Venezuela <http://www.ontv-venezuela.org/>
47. <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/219>