

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL**

MARGARITA CABELLO BLANCO
Magistrada Ponente

SC12018-2015
Radiación n. 05001 31 03 011 2006 00085 01
(Aprobado en sala de 21 de abril de dos mil quince)

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

Decide la Corte sobre el recurso de casación formulado por la parte actora, frente a la sentencia de 15 de marzo de 2012, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín dentro del proceso ordinario de responsabilidad civil seguido por DORIS ALICIA SALAZAR AREIZA y otros contra la CRUZ ROJA COLOMBIANA SECCIONAL ANTIOQUIA.

ANTECEDENTES

1.- La parte actora formuló demanda de responsabilidad civil extracontractual, reclamando que se declare civilmente responsable a la convocada con ocasión de la extracción de córneas que se realizó al cadáver de JHON ALEXIS GÓMEZ SALAZAR, sin que se hubiere configurado la presunción prevista en la ley para adelantar el mencionado procedimiento. Igualmente solicitó que el extremo pasivo sea condenado al pago de la indemnización de perjuicios morales que se le

causaron a la familia, teniendo en cuenta que se atentó contra su sentimiento religioso y contra el principio constitucional de la dignidad humana.

Los mencionados daños los tasó así:

Para los padres del difunto, señores GILBERTO GÓMEZ ALZATE y DORIS ALICIA SALAZAR AREIZA, la suma de setecientos (700) SMLMV.

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

2.- Fundamentaron los accionantes la *causa petendi*, en los hechos que a continuación se compendian:

2.1- El joven JHON ALEXIS GÓMEZ SALAZAR, falleció el 3 de mayo de 2002 aproximadamente a las 8:30 am por lesiones producidas con arma de fuego, siendo trasladado el cuerpo a la Unidad Hospitalaria de Santa Cruz “*en procura de salvar su vida*”. Como el paciente murió, su cadáver fue remitido a Medicina Legal para lo pertinente.

2.2.- Al encontrarse custodiados los despojos del finado por el Instituto de Medicina Legal, se avisó al Banco de Ojos de la CRUZ ROJA COLOMBIANA SECCIONAL ANTIOQUIA “*de que había un posible donante de órganos, tal y como nos consta por lo contestado en la respuesta al derecho de petición y que*

se anexa a esta demanda”; luego de lo cual se procedió a la extracción de las córneas del cuerpo sin vida.

2.3 Asegura el libelo introductorio, que *“ningún funcionario de medicina legal se comunicó con los familiares del occiso”* para solicitar el consentimiento relacionado con la ablación comentada, muy a pesar de que sus padres llegaron a la entidad *“a las 10: 30 horas (...) esto es, mucho antes de que hubieran transcurrido las seis horas a las que se refiere la ley 73 de 1988”*, relacionada con el tiempo que tiene la familia para manifestar su negativa a la realización de la remoción de componentes anatómicos.

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

2.5 Esas situaciones, por tanto, menoscabaron el sentimiento religioso y moral de sus familiares, infringiéndoles dolor, pues el fallecido no dispuso en vida de sus órganos, y tampoco se tuvo en cuenta una *“manifestación aprobatoria de la donación por parte de”* sus deudos.

2.6 Adicionalmente señalaron, que el hecho concreto realizado por la convocada, es un acto sancionado por la legislación penal, lo que determina su ilegalidad, aunado a que constituye un quebranto a garantías de estirpe fundamental.

3. Admitida la demanda por auto de 7 de abril de 2006, la pasiva, por conducto de procurador judicial, propuso excepciones previas y de fondo. Éstas últimas las denominó “no existencia de legitimación en causa por pasiva”; “actuación conforme lo establece la ley”; “no obligación de pagar por órganos humanos” e “imposibilidad de condena en costas”.

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

Por tanto concluyó:

“La Cruz Roja Colombiana-Seccional Antioquia- sustrajo las córneas de los ojos de JHON ALEXIS GÓMEZ SALAZAR bajo la convicción de que había operado la presunción de donación, toda vez que el perito forense autorizó el procedimiento”.

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

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El juez Colegiado, mediante sentencia de 15 de marzo de agosto de 2012 —con salvamento de voto— mantuvo lo resuelto por el juzgador *a quo*.

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

Sobre el hecho, afirmó que no existe duda de la existencia de este elemento, haciéndolo consistir en la extracción “*que de las córneas del extinto JHON ALEXIS GÓMEZ SALAZAR se llevó a cabo por la CRUZ ROJA COLOMBIANA SECCIONAL ANTIOQUIA en la fecha del 3 de mayo de 2012*”, lo cual lo dedujo de la contestación de demanda y del certificado de donación visto en el folio 16 del cuaderno principal.

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

violatorio del ordenamiento y *“por ende constitutivo del yerro atribuido a la pasiva a título de culpa”*, se refiere a que no operó legalmente la presunción de donación prevista en el artículo 2º de la ley 73 de 1988, *“amén de prescindir del consentimiento de los consanguíneos del causante”*, lo que, dijo, correspondía a la administración a través de Medicina Legal, según se observa en los puntos 5, 7, 13 y 8 del escrito introductorio.

Además señaló, que del interrogatorio practicado a los señores DORIS ALICIA SALAZAR y GILBERTO GÓMEZ ÁLZATE, madre y padre del finado respectivamente, se desprende que la inconformidad de los actores recae básicamente en la falta de consentimiento otorgado por los familiares de JHON ALEXIS (q.e.p.d) *“para llevar a cabo la extracción de sus córneas con fines donativos”*, circunstancia que no coincide con lo manifestado en la reseñada diligencia, y así se transcribió en el fallo, dado que ambos manifestaron que si les hubieran pedido permiso asentirían en la realización del procedimiento.

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

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

Expresó que, *“en convergencia con las anteriores consideraciones”* aparece la misiva dirigida por la Sección de Tanatología Forense del Instituto de Medicina Legal, al señor GILBERTO GÓMEZ ALZATE, *“comunicación de la que emerge diáfana la obligación que atañe a dicha institución en su calidad de custodia del cadáver, de constatar que en lo concerniente a la configuración de la presunción de donación, así como a la supresión del componente orgánico que a este se le haga, los requerimientos legales se hallen colmados”*.

Agregó que mediante el certificado de donación visto en el folio 16 del cuaderno principal, la CRUZ ROJA notifica y agradece a los dolientes *“de la dación y extracción de las córneas del finado JHON ALEXIS GÓMEZ, lo que hace a fin de dar cumplimiento a la Resolución 000511 de 28 de septiembre de 2001”*, expedida por el Instituto de Medicina Legal.

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

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

“detentaba en la fecha del 3 de mayo de 2002 la custodia y guarda del cadáver, cuando en horas de la mañana ingresó remitido por parte de la Unidad Intermedia de Santa Cruz a sus instalaciones, custodia esta que corrobora el hecho 4º de la demanda.

Si bien es cierto a la CRUZ ROJA en su calidad de entidad encargada de efectuar la remoción del componente anatómico con fines donativos o terapéuticos le atañen ciertas obligaciones, entre otras la de seleccionar los donantes para la extracción de componentes, no lo es menos que era en este caso MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES, a través del médico responsable de la realización de la autopsia o necropsia del cadáver, sobre quien recaía el deber de verificar en un primer momento que en efecto, se encontraran dadas las circunstancias para hacer operable la presunción de donación prevista en el artículo 2º de la ley 73 de 1988, en cuyo defecto le concernía dada su posición de garante y custodio del cadáver a su cuidado conferido, la obligación de informar a los consanguíneos del fallecido sobre la existencia de dicha presunción, para que en derecho, emitieran su consentimiento o manifestaran su posición frente a la eventual donación de las córneas de JHON ALEXIS GÓMEZ”.

Conforme a ello, razonó que ninguna culpa puede imputarse a la CRUZ ROJA COLOMBIANA SECCIONAL ANTIOQUIA por la inobservancia de las normas comentadas por cuanto que, no residía en ella *“la aptitud para desplegar las conductas que por omisión le imputa la demanda”*; además que, teniendo en cuenta la trascendencia del litigio en cuestión por su *“alta sensibilidad humana”*, se torna en una actividad

que debe estar regulada por la ley y el reglamento; de suerte que si la ley 73 de 1988 le asignó funciones de custodia y supervisión a Medicina Legal, *“la aplicación de ese debido proceso estaba reservado exclusivamente a ellos, por lo que si existió error en el procedimiento y actos ejecutados, la responsabilidad que se pueda derivar ha de estar a cargo del Estado y no de los particulares”*; siendo cosa diferente, indicó, que la CRUZ ROJA arbitrariamente hubiese extraído los órganos del finado, o contara con potestades para intervenir en el control de legalidad del procedimiento.

Finalmente, respecto del argumento esgrimido por los promotores en el recurso de apelación consistente en que la CRUZ ROJA *“no se encontraba inscrita ante las autoridades nacionales de ciencias forenses para llevar a cabo la extracción de componentes anatómicos con fines donativos o terapéuticos”*, precisó que el juzgador debe someterse a los términos del litigio como fue planteado por las partes en sus escritos de postulación, debido a que dibujan las fronteras del pronunciamiento judicial, sin perjuicio de las facultades oficiosas conferidas por el Legislador; por manera que no le era dable a los demandantes formular *“planteamientos o pretensiones que no fueron esbozados como materia de la Litis en primera instancia”*.

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

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

LA DEMANDA DE CASACION

Tres fueron los cargos aceptados por la Corporación, los cuales se decidirán en su orden lógico, de suerte que, por referir a vicios de procedimiento, inicialmente se despachará el cuarto y luego se ocupará la Sala de la primera y segunda acusación, mismas que se estudiarán conjuntamente pues, a más de concernir a yerros de juzgamiento, plantean la violación recta de normas sustanciales comunes.

CUARTO CARGO

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

Manifestó que el fallador de segundo grado, al desatar el recurso de apelación, *“no entendió como parte de los hechos de la demanda el hecho probado que el Banco de Ojos de la CRUZ ROJA COLOMBIANA no se encontraba inscrita como Banco de órganos ante el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, según se verifica a folios 63 del cuaderno principal (sic)”*.

Expresó que en el escrito contentivo de la alzada, se precisó que el juzgado de primera instancia no consideró la falta de permiso de la convocada para adelantar la extracción de órganos; pero debido a que el Tribunal “*no apreció los hechos de la demanda en su integridad, no hubo pronunciamiento de fondo respecto al tema planteado con el hecho de la no inscripción de la demandada ante el Instituto de Medicina Legal*”; prueba cuyo decreto se solicitó en el acápite correspondiente del libelo introductorio.

De igual manera destaca, que ese asunto fue esgrimido en el interrogatorio de parte (pregunta No 18), al cual no asistió el representante legal del extremo pasivo, y que se allegó en sobre cerrado; por manera que, continúa, el *ad quem* “*no se pronunció de fondo respecto al hecho de que el Banco de Ojos de la CRUZ ROJA COLOMBIANA, SECCIONAL ANTIOQUIA, no se encontraba inscrito ante las autoridades del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses para llevar a cabo la extracción del componente orgánico con fines donativos o terapéuticos, (...)*”, a pesar que mediante oficio de 10 de julio de 2007 (folio 63) esa entidad lo contestó.

Desdice del argumento del Tribunal según el cual no le era posible al censor formular planteamientos o pretensiones no esbozadas como materia litigiosa en la primera instancia, afirmando que el fallador plural “*desatiende completamente lo que fue el ingreso a la Litis de un planteamiento de hechos, pues el hecho de la inscripción o no en el Banco de Ojos de la CRUZ ROJA ante el Instituto Colombiano de Medicina Legal, fue*

solicitado desde el escrito demandatorio en la solicitud de pruebas, y adicional a ello fue incursionado como tema del interrogatorio de parte al demandado (sic)”; y añade que la pasiva desde el traslado del libelo “conocía que se aducía este Decreto como fuente jurídica del caso”.

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

CONSIDERACIONES

1. El principio de congruencia de los fallos judiciales se encuentra consignado en el artículo 305 procesal civil, norma que demarca los contornos dentro del cual el sentenciador ejerce su poder decisorio. El postulado impone que lo resuelto en el fallo observe absoluta correspondencia «*con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que [tal] Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley*».

Sobre el particular, la Sala en sentencia CSJ SC, 20 sep. 2013, rad. 2007-00493 recordó:

“la inconsonancia de la sentencia constituye un vicio de procedimiento que puede revestir tres formas diferentes: ‘como esta norma procesal (C. de P.C., art. 305) establece un determinado comportamiento del juez al proveer, la inobservancia de ella por parte de éste implica un vicio de actividad que se traduce en el

pronunciamiento de un fallo incongruente, ya sea porque en él decide sobre cuestiones no pedidas (extra petita) o sobre más de lo pedido (ultra petita), u omite la decisión en todo o en parte, acerca de las pretensiones o de las excepciones (...)' (citra petita)".

2. Para establecer si se estructura el segundo motivo de casación consagrado en el precepto 368 del C. de P.C., se deben contrastar los supuestos fácticos, las pretensiones y los medios exceptivos formulados con el *decisum* de la sentencia impugnada, sin perjuicio de los eventos en los que el legislador autoriza pronunciarse oficiosamente. Solamente de “ese modo se podrá establecer si en verdad el juzgador se sustrajo, por exceso o por defecto, a tan precisas pautas”. (CSJ SC, 6 Jul. 2005, Rad. 5214-01).

3. El censor funda el reclamo de inconsonancia del fallo enjuiciado, alegando que el Tribunal desatiende completamente lo que fue el ingreso al debate de un planteamiento de hechos relacionado con que, para la fecha en que se realizó la extracción de córneas del finado JHON ALEXIS GÓMEZ SALAZAR, la CRUZ ROJA no se hallaba inscrita en el Banco de Ojos ante Medicina Legal, pese a que tal aspecto se ventiló en el acápite de pruebas del escrito genitor y también “*fue incursionado como tema del interrogatorio de parte al demandado (sic)*”.

4. *Prima facie* se observa, que ninguna de esas circunstancias aplican al caso bajo estudio porque, habiendo el Tribunal confirmado el proveído del *a quo* que denegó las

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

4.1 Es decir, no se produjo un soslayo a la confrontación exigible entre los basamentos fácticos, pretensiones y la parte resolutive de la sentencia enjuiciada, la cual, como se precisó en precedencia, incorporó un pronunciamiento en completa armonía con el litigio resuelto. Por otro lado, si el Tribunal no se pronunció sobre una de las pruebas solicitadas en la demanda, esa razón no vislumbra una infracción al deber de congruencia sino que controvierte un aspecto de linaje fáctico-probatorio, lo que es constitutivo *“no de un error de procedimiento, propio de la causal segunda, motivo por el cual resulta inadecuada la causal utilizada por el casacionista para combatir la sentencia”*. (CSJ Sala Civil Sentencia de 19 de diciembre de 2005, expediente radicado con el número 1998-0230).

4.2 Finalmente se destaca, por una parte, que la crítica deviene en intrascendente, pues aunque se aceptara que la ruta escogida no fue la causal segunda sino la primera, el Tribunal no fundó su decisión en la inscripción o no de la pasiva en el Banco de órganos; por otra, tampoco se adecúa el ataque a los contornos de la llamada incongruencia fáctica, hipótesis en la que, al resolverse el litigio, se incurre en *“un yerro por invención o imaginación judicial, producto de la*

desatención o prescindencia de los hechos de la demanda”.
(Sentencia de 27 de noviembre de 2000, expediente No.5529).
(CSJ CS sentencia del 25 de abril de 2005, radicación No 4115).

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

PRIMER CARGO

Se acusa la sentencia de violación directa, por aplicación indebida, de los artículos 2341 del Código Civil y 2° de la ley 73 de 1988. Igualmente adujo falta de aplicación de los cánones 63, 2302, 2343, 2347, 2356 del CC y 3° de la ley mencionada.

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

Relató que el precepto 63 del CC define las palabras “culpa” y “dolo”; trasuntó el 2341 *ejusdem* y dijo, que el Tribunal restringió el alcance de la última norma, aplicándola de manera inadecuada, “*cambiando de un tajo el régimen de la responsabilidad civil extracontractual de la culpa probada, que*

en torno al sujeto activo del acto lesivo se remite por su participación directa en el hecho culposo”.

Citó el contenido del precepto 2343 y señaló, que el *ad quem* perdió de vista el régimen de la culpa establecida en el artículo 2341, junto a las otras normas enunciadas como violadas, pues aquellas no hacen reserva en torno “*al agente que lleva a cabo de manera directa el hecho lesivo*”; y agregó que “*le faltó al Tribunal aplicar debidamente el artículo 2341 en concordancia con los artículos 63, 2302 y 2343 inciso final, ya citados, con respecto a la demanda por los hechos verificados, pues si lo hubiese hecho encontraría que los sujetos de derecho también responden por el hecho propio*”.

Concluye manifestando que el juez de segundo grado, debió analizar un hecho demostrado, consistente en que la CRUZ ROJA efectuó “*un acto que se encuentra regulado por el artículo 2º de la ley 73 de 1988. El acto concreto y que corresponde a lo visto por el a quo, fue haber realizado la extracción de órganos en el cuerpo sin vida de JHON ALEXIS GÓMEZ SALAZAR (sic)*”, disposición que, añadió, “*establece el permiso normativo para realizar un acto sensible a los asociados, como es la extracción de órganos, ya sea porque acaezca la donación presunta de órganos o por cualquiera de las circunstancias que contempla el artículo 3º de la ley 73 de 1988, el no cumplimiento de este permiso jurídico da lugar a que `el modo de obrar` del actor del hecho, se vicie por ilegal*”.

SEGUNDO CARGO

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

La censura inicia por reproducir el planteamiento del problema que formuló el Tribunal en la sentencia, y dice que por esa vía infringió la normativa denunciada “*porque está mirando el panorama jurídico de manera que no alcanza a tener los razonamientos propios*” de la responsabilidad aquiliana.

Señala que la conclusión del fallo consistió en que era en el Instituto de Medicina Legal en quien recaía el deber de verificar si se encontraban las circunstancias para hacer operable la presunción de donación, lo que no deviene cierto “*desde el punto de vista (...) de las normas jurídicas*”. En efecto, expresa, el artículo 1° de la ley 73 de 1988 no era aplicable al caso dado que aquél “*se refiere al cuándo se podrá proceder a la utilización de los órganos (...) La norma no habla de extracción de órganos (...) pues este artículo habla de un momento posterior*” a la enucleación.

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

En fin, el Tribunal está desatendiendo la sentencia de constitucionalidad que modula el sentido del aparte de la norma declarado exequible condicionadamente porque, el fallo de la Corte Constitucional “*establece en su literal a) que `el término para oponerse será mínimo de seis (6) horas y sólo cuando la necropsia haya sido previamente ordenada, se extenderá hasta antes de su iniciación` clausurando (...) cualquier interpretación equívoca de la disyunción presente originalmente en el artículo 2° de la ley 73 de 1988, es decir en la expresión `... o antes de la autopsia médico legal`”.*

Expone que el Tribunal no aplicó el precepto 3° de la misma ley, norma necesaria porque ahí aparecen los requisitos legales para obtener la facultad “*de extraer órganos*”, de suerte que, al olvidar hacerlo, “*se queda sin un*

elemento jurídico indispensable para la definición de responsabilidades en el caso concreto”.

Se duele igualmente de la Corporación acusada, por aplicar inadecuadamente el canon 4° que establece unas restricciones al procedimiento de extracción de órganos, dado que el fallo *“dimensiona esta norma, ausente del régimen de responsabilidad civil extracontractual aplicable al caso”*; y añade, que el precepto le sirvió de base al Tribunal para fijar el criterio relativo a que la carga legal de verificar si se encontraban las condiciones para hacer operable la donación incumbía a Medicina Legal, olvidando que no es el único mandato que gobierna el tópico, toda vez que, *“había que ponerla a funcionar en relación a otras que se imponían al tema del litigio como son los artículos 63, 2341, 2347 y 2356 del C.C y los artículos 1° y 2° de la ley 73 de 1988”*.

Referente al artículo 22 del Decreto 2493 de 2004, advierte que el juzgador de segunda instancia lo interpretó equivocadamente por cuanto el dispositivo, como tal, *“establece un deber del médico legista, pero cuando se den las circunstancias de su numerales 1 al 4 (sic) lo que quiere decir, que solo adquiere el permiso legal el médico legista para autorizar el retiro de tejidos, cuando se den las condiciones de sus numerales 1 al 4”*, y finaliza diciendo que lo primero que tenía que hacer el Tribunal, era contrastar la norma, con aquella que concede o niega el permiso *“para que opere la extracción de órganos”*, vale decir, el artículo 2° de la ley 73 de 1988, relacionado con la presunción de donación.

Alusivo a la ley 9° de 1979, plantea la aplicación indebida del artículo 22, porque *“siendo la donación de órganos un asunto sensible a la comunidad, el particular que pretenda ejercer competencias que en principio le están vedadas (...) debe cumplir con el reglamento”*.

Por último, cuestionó que se hicieran actuar disposiciones impertinentes: los artículos 1, 3 y 4 de la Resolución No 511 de 28 de septiembre de 2001, del Instituto de Medicina Legal, junto al Decreto 1546 de 1998.

CONSIDERACIONES

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

2. De tiempo atrás, incansablemente ha reiterado la Corte, que *“se infringe la ley por vía directa cuando, sin consideración a las pruebas, se deja de aplicar dicha ley, o se la aplica indebidamente, o se la interpreta de manera equivocada...”*. (Cas. Civ. Sentencia de julio 7 de 1964. G.J, t. CVIII, p. 56).

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

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

Acorde con lo mismo, ha sostenido la Corporación que, *“cuando el ataque en casación se funda en la causal que se comenta, compete al recurrente centrar sus juicios exclusivamente sobre los textos legales que considere inaplicados, indebidamente aplicados o erróneamente interpretados, prescindiendo de cualquier consideración que implique discrepancia con las apreciaciones fácticas del fallador, cuestión esta que sólo puede abordarse por la vía indirecta de la misma causal”*. (Subraya fuera de texto). (CSJ SC Feb. 18 de 2004. Radicación n. 7037, reiterado en CS Oct. 3 de 2013, radicación n. 2000-00896).

3. Los ataques en cuestión discuten, en el primer caso, que se hicieron actuar inadecuadamente los artículos 2341 del CC y 2° de la ley 73 de 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 u otros usos terapéuticos”*, lo mismo que la falta

de aplicación de los preceptos 63, 2302, 2343, 2347, 2356 del Estatuto Civil.

En el segundo, la acusación es por indebida aplicación de los artículo 1º, 2º y 4º de la ley mencionada regulatoria de la donación y trasplante de órganos y el 22 del Decreto 1546 de 1988; realizar una incorrecta hermenéutica sobre el aparte del artículo 2º de la citada normativa declarado exequible condicionadamente; falta de aplicación del artículo 3º de la ley 73 de 1988; aplicación indebida de la ley 9ª de 1979 “*al dejar de aplicar el artículo 22 literal e) del Decreto 786 de 1990*” y aplicación incorrecta de los cánones 3º y 4º de la Resolución No 511 del 28 de septiembre de 2001, emanada del Instituto de Medicina Legal. Finalmente aduce que no debió invocarse el “*Decreto 1546 de 1988, por no estar relacionado con el tema del litigio*”.

4. Compendiado el ruego del embate casacional, conviene recordar que en el asunto que transita por la Sala, el Tribunal confirmó la decisión del juzgador *a quo* que declaró probada la excepción de fondo denominada falta de legitimación por pasiva. En lo fundamental, el juez plural señaló que, si bien el hecho dañoso se encontraba acreditado, no ocurrió lo mismo con el elemento subjetivo de la culpabilidad, debido a que, según se observa en los puntos 5, 7, 13 y 8 del escrito introductorio, el consentimiento de los deudos del fallecido para que operara la presunción de donación correspondía verificarlo al Instituto de Medicina Legal; la CRUZ ROJA COLOMBIANA SECCIONAL ANTIOQUIA no tenía la

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

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

6. Ese cuestionamiento exige, en primer lugar, auscultar el arraigo constitucional que tiene el cuerpo de los difuntos a partir de postulados como el de la dignidad y la solidaridad; en segundo orden será menester revisar la regulación que existe en nuestro medio referente a la donación de órganos y componentes anatómicos con fines terapéuticos de personas fallecidas; habrá igualmente que determinar el alcance que tiene el derecho a disponer del cadáver en el marco de la donación *post mortem*, concluyendo finalmente si la orientación del fallo del Tribunal constituyó o no violación directa de la ley sustancial.

7. La Constitución de 1991 significó un repensar de la posición de la ley dentro de nuestro sistema de fuentes para privilegiar el posicionamiento de la *Norma Normarum* a partir

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

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

Al efecto, el canon 1º fundamental señala que : “*Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general*”. (Subraya fuera de texto).

De esta suerte, sus mandatos están concebidos para que la parte orgánica solo adquiera sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios, valores y derechos incardinados en la parte dogmática¹.

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

¹ Sentencia T-406 de 1992.

social y jurídico que se refundó con el advenimiento del Estatuto Superior.

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

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

“La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.

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

Son deberes de la persona y del ciudadano: (...)

2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas (...). (Subraya fuera de texto).

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

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

7.2 Dicho postulado de la solidaridad, como valor constitucional inmanente a nuestra organización política se refleja en una triple vertiente²: (i) pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas ocasiones; (ii) criterio de interpretación en el análisis de las acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales y, (iii) límite a los derechos propios.

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

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

² Sentencia C-933 de 2007

fuente del asunto que ocupa la atención de la Sala, se refleja en distintas disposiciones que guardan entre sí relación argumentativa, dentro de lo que cabe destacar que a Colombia le corresponde el honor de haber sido pionera en la regulación de los trasplantes y tejidos humanos y en la prohibición de convertir esa práctica en “fuente generadora de beneficios económicos”³. Esa ausencia normativa de otrora, lagunas lógicas⁴, que también lo fueron subjetivas-voluntarias⁵, obedecieron a que desde la expedición del Código Civil francés, el principio de no comercialización del cuerpo humano resultaba innecesario según lo comentaba el profesor L. MAZEAUD al anotar: “*El Código no consagró un texto definitivo dirigido a situar a la persona fuera del comercio. Es que la regla parece tan evidente, que nadie pensó en enunciarla (...) se trataría de una regla tradicional, de un axioma jurídico que nadie experimenta la necesidad de demostrar*”⁶.

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

³ CE Sección Primera Sent.. Abril 8 de 2010, radicación n. 2006 00121.

⁴ KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Introducción a la ciencia del Derecho. Editorial Reflexión. Pags. 172-174

⁵ BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Segunda edición, editorial Temis, Bogotá 2005, Pag. 229.

⁶ L. MAZEAUD, Citado por BERGEL, Salvador D. Bioética, Cuerpo y Mercado. Tomado de: *Los contratos sobre el cuerpo humano* en ADC Enero-Marzo 1953.

señaló en el literal f del artículo 515 que el objeto del título era *“reglamentar la donación o el traspaso y la recepción de órganos, tejidos o líquidos orgánicos utilizables con fines terapéuticos”*.

Posteriormente se expidió la ley 73 de 1988, por la cual se adicionó la disposición anterior y se precisan otras *“en materia de donación y trasplante de órganos y componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos”*.

El artículo 1º de la regulación citada estableció, modificando la ley 09 de 1979: *“Sólo se podrá proceder a la utilización de los órganos, 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.*

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

Dicha norma fue declarada exequible condicionadamente por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-933 de 2007, modulando su descripción en el entendido de que para asegurar, en ausencia de declaración de voluntad de la persona fallecida, el ejercicio efectivo del derecho de los familiares a oponerse a la extracción de órganos o componentes anatómicos con fines de donación y trasplante, se requiere que: *“a) el término para oponerse será mínimo de seis (6) horas y, sólo cuando la necropsia haya sido previamente ordenada, se extenderá hasta antes de su iniciación; b) el médico responsable debe informar oportunamente a los deudos presentes sus derechos en virtud del artículo 2º de la Ley 73 de 1988, sin perjuicio de que se realicen campañas masivas de divulgación, a cargo del Estado, sobre el contenido de la ley”*.

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

Tal Estatuto, reglamentó las dos leyes citadas en lo atañadero a los componentes anatómicos, y creó la red de donación y trasplante, cuyo desarrollo, según lo dijo el artículo 4º del Decreto correspondería al Ministerio de la Protección Social.

A su turno, la Resolución 2640 de 2005 expedida en virtud del mandato señalado, tuvo por objeto básicamente: (i) establecer los requisitos de inscripción de los Bancos de Tejidos y de Médula Ósea y de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud que se encuentren habilitadas con programas de trasplante; (ii) fijar la designación y período de los representantes del sector privado en los Comités Asesores de las Coordinaciones del nivel nacional y regionales de la Red de Donación y Trasplantes; (iii) determinar la ubicación de las sedes de las Coordinaciones Regionales de la Red de Donación y Trasplantes; (iv) establecer condiciones para la definición de criterios técnico-científicos de asignación de componentes anatómicos y (v) definir los requisitos para expedir la autorización de utilización de cadáveres no reclamados a las entidades que desarrollan actividades de docencia e investigación.

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

“Luego de un profundo estudio del proyecto podemos concluir que es ampliamente conveniente y necesario, para establecer cortapisas al criminal comercio de tejidos en que se ha estado incurriendo los

últimos años, quizás por la falta de una ley específica y clara a ese respecto. [...] Es necesario entonces introducir una ley que prohíba el comercio de componentes anatómicos humanos con fines especulativos o de lucro económico, que penalice severamente esa conducta y lo mismo que la indebida utilización de la presunción de donación también denominada como presunción de no oposición establecida en la Ley 73 de 1988 y el Decreto 1546 de 1998, artículo 6° (Gaceta del Congreso N° 142 de 2004.).

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

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

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

cuanto que, como bien se ha dicho, resulta indiscutible en estos momentos aceptar la franquicia de las personas para decidir sobre la utilización de sus despojos mortales teniendo en cuenta⁷, que si el derecho permite al individuo disponer de sus bienes para después de su muerte ¿por qué negarle la opción de hacer lo propio con su cadáver?

Esa autonomía de la voluntad, que ha dejado de ser un simple poder subjetivo de autorregulación de los intereses particulares, erigiéndose en el medio efectivo para realizar los fines correctores del Estado Social, exige ser valorada en varias direcciones: desde el punto de vista del consentimiento que otorga el donante en vida, y si no lo hizo durante ella habrá de valorarse el que dispensen sus familiares o, cual ocurre en otros países, como decisión estatal⁸.

9.1 Cuando la persona está viva, el problema no suscita, en principio, tantas dificultades distintas a aquellas tendientes a establecer por ejemplo, si el permiso deberá ser expreso o tácito y si es posible que menores de edad e incluso incapaces puedan concederlo, según se ha discutido en otros países, como también la responsabilidad derivada ante la posible transmisión de enfermedades, temas que resultan ajenos al presente debate.

⁷ BRENA SESMA, Ingrid. Reflexiones jurídicas en torno a los sujetos que intervienen en un trasplante de órganos. Revista jurídica. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Biblioteca Virtual, en Internet.

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico de 28 de febrero de 2001. Cont. 2001 DTS 024 SUC Concepción VS Banco de Ojos 2001 TSPR024

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

Así, la ley 73 de 1988 estableció en su artículo 3° que la extracción y utilización de órganos y componentes anatómicos y líquidos orgánicos para fines de trasplante u otros usos terapéuticos podrá realizarse entre otros, “a) *mediante donación formal de uno de los órganos simétricos o pares, por parte de una persona viva, para su implementación inmediata*”. (Subraya fuera de texto).

De la misma manera, la ordenación comentada exige por una parte, que previo a la utilización de líquidos, órganos o elementos fisiológicos, se practicará una prueba para detectar anticuerpos contra el virus del VIH; y adicionalmente, como limitación perentoria, se prohíbe concluyentemente el ánimo de lucro en estos procedimientos, estableciéndose que “*no podrá ser materia de compensación alguna en dinero o en especie*” (Arts. 6 y 7 *idem*).

A su turno, el Decreto 2493 de 2004 a más de reiterar las dos exigencias atrás relacionadas, determina un marco definitorio que coadyuva la labor de precisar los elementos, partes e instituciones que participan en la práctica donativa examinada.

En efecto, señala que el donante es la persona que durante su vida o después de su muerte, por su expresa voluntad o por la de sus deudos, se le extraen componentes anatómicos con el fin de utilizarlos para trasplante o implante en otro sujeto, con objetivos terapéuticos.

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

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

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

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

c) Que haya concepto favorable del comité institucional de bioética o ética hospitalaria;

d) Que exista donación de solo uno o parte de los órganos simétricos pares o solo de parte de un órgano asimétrico o de médula ósea, para su trasplante o implantación inmediata;

e) Se le haya advertido previamente al donante sobre la imposibilidad de conocer con certeza la totalidad de los riesgos que pueden generarse dentro del procedimiento, por la ocurrencia de situaciones imprevisibles;

f) Que haya sido previamente informado sobre las consecuencias de su decisión, en cuanto puedan ser previsibles desde el punto de vista somático y psicológico y sobre las eventuales repercusiones que la donación pueda tener sobre su vida personal, familiar y profesional, así como de los beneficios que con el trasplante se esperan para el receptor;

g) Que en el momento de la extracción del componente anatómico no padezca enfermedad susceptible de ser agravada por la misma y,

h) Que se garantice al donante vivo la asistencia precisa para su restablecimiento.

En general, aunque no es un absoluto, los donantes vivos, sugiere la OMS⁹, conviene que estén relacionados genética, legal o emocionalmente con los receptores, y el procedimiento será aceptado si se obtiene, como lo consagró Colombia, el consentimiento informado y voluntario del donante, se le garantiza la atención profesional, el seguimiento se organiza debidamente y se aplican y supervisan escrupulosamente los criterios de selección de los donantes, a más de la necesidad de informarle los riesgos, beneficios y consecuencias probables del procedimiento de una manera completa y comprensible.

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

No es fácil el asunto por cuanto que, pese a los diversos esfuerzos que han realizado las distintas legislaciones muchas son las preguntas que surgen, desbordando el sólo aspecto jurídico para hundir raíces en los terrenos de la moral, la religión y hasta la bioética. Así por ejemplo, piénsese en

⁹ Principios rectores de la OMS sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos¹. Documento disponible en: [Internet, Acceso 3 de Junio de 2011] <http://www.who.int/transplantation/TxGP%2008-sp.pdf>

establecer, liminarmente, si el cuerpo humano es un bien o constituye una realidad intrínseca al concepto de persona?; ¿la facultad de disposición del cuerpo es atribución privativa de quien lo encarna, o puede un tercero, incluso el Estado licenciar la ablación? ¿A quién corresponde proveer la información necesaria para efectos de autorizar el procedimiento?; preguntas todas que a más de no tener única respuesta, son los Estados, a través del marco legal adoptado por éstos, los que jurídicamente podrán aproximarse a solventar esos interrogantes.

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

Al respecto se ha dicho que:

“Es necesario en relación con el particular, realizar una importante labor pedagógica y destacar que los familiares del fallecido potencial donante de órganos no ostentan un verdadero derecho subjetivo sobre los órganos del fallecido, sino que a través y mediante la entrevista que se lleva a cabo con los mismos una vez

certificada la muerte, lo que se pretende es determinar cuál era la verdadera voluntad en vida del difunto”¹⁰.

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

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

“Para la Corte el fundamento constitucional del otorgamiento del derecho a los familiares de una persona fallecida a oponerse a la extracción de órganos o componentes anatómicos del cadáver de esta última, encuentra igualmente un sustento y fundamento constitucional, de la misma manera que respecto de la propia persona en vida, en el principio general de libertad, y los derechos de libertad de conciencia –art. 18 CN-, y el de libertad de cultos – art.19-, en razón de los vínculos afectivos, emocionales y psicológicos que desarrollan las personas con sus familiares más

¹⁰ URRUELA MORA, Asier. Trasplante de órganos y tejidos: aspectos jurídicos y sociológicos ligados al consentimiento familiar. En el nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos. Biblioteca de Derecho y Ciencias de la Vida. Editorial Comares. Pag. 338.

allegados y que afectan directamente el desarrollo de su autonomía personal, por lo cual la ley les concede igualmente la posibilidad de manifestar su consentimiento u oponerse a la ablación de órganos del cadáver de un familiar.

De cualquier forma la jurisprudencia ha reconocido un sustento constitucional en la cláusula general de libertad y la libertad de conciencia y de cultos al derecho de las personas a disponer del cadáver de un familiar muerto, de donde se deriva también el sustento del requisito del consentimiento de los familiares o el derecho a oponerse a la ablación de órganos”¹¹.

Más adelante reconoció la sentencia comentada, que si bien un sector de la doctrina, especialmente la alemana, ha sostenido que la disposición del cadáver hace parte del derecho de dominio, en nuestro medio se rechaza esa posibilidad, bien sea a favor de los herederos y parientes o en pro del Estado, considerando “*que el derecho a disponer de los despojos mortales de un familiar fallecido no se deriva de un derecho de propiedad o de dominio sobre el mismo, sino que tiene un fundamento legal de origen constitucional, basado en el respeto a la cláusula general de libertad, y los derechos a la libertad de conciencia, de religión y de culto que cabe reconocerle y protegerle a los familiares de una persona fallecida, y que están asociados a la posibilidad de disponer y rendirle culto a los muertos en el cuerpo de la persona querida ya sin vida*”¹².

¹¹ Sentencia C-933 de 2007.

¹² Ibidem

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

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

“con este proyecto no sólo estamos creando las soluciones para los problemas expuestos en el proyecto original respecto a las córneas sino que vinculamos dentro de una ley marco todo lo relacionado con trasplante. Además, ya es tiempo que se tenga un concepto definido y plenamente identificado en la ley de lo que significa “la función social del cadáver” que nos sitúa a la vanguardia de los países más avanzados en esta materia dando como resultado la esperanza de solución a nuestros compatriotas que necesitan de esta ley, para que parte de sus problemas físicos sean solucionados”. (Subraya fuera de texto).

En dirección similar, se señalaba a propósito del ordenamiento español, que adoptó un sistema dirigido a facilitar la obtención de órganos lo siguiente: *“El Legislador, en un intento de facilitar al máximo el logro de este objetivo, ignoró aquella voluntad hasta el punto que ni siquiera recoge la conveniencia de consultar con los familiares cuando no conste*

la voluntad del fallecido; no para que éstos presten su consentimiento, pues ellos nada tienen que autorizar, sino para tratar de averiguar si el finado les había hecho partícipes de sus deseos en cuanto al destino de sus restos mortales; este descuido de la voluntad privada por parte de la ley se ha traducido en su ineficacia en este punto; pues en la sociedad española están profundamente arraigados; formando parte de nuestras normas de cultura, unos sentimientos de culto y respeto a la memoria de los muertos, lo cual se traduce en el respeto y cumplimiento de su última voluntad”¹³.

En definitiva, sobre el difícil tema del consentimiento para la donación de órganos después de la muerte, al no existir manifestación explícita del individuo en vida, se han distinguido varias posiciones ético-jurídicas¹⁴, así:

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

¹³ NUÑEZ MUÑIZ, Carmen. Boletín Facultad de Derecho Número 7, 1994. Respeto a la voluntad del fallecido en la legislación española sobre trasplantes de órganos. Pag. 350.

¹⁴ Sentencia C-933 de 2007.

interpretar el sentido de la vida y de la muerte, sino uno mismo, portador de ese cuerpo y su espiritualidad”¹⁵.

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

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

Una variación de la última tesis expuesta, le garantiza a los parientes eficacia expresa a su manifestación de voluntad, condicionando la presunción legal de donación “*a la no oposición o silencio por parte de estos*”¹⁶, sistema que adoptó la normativa patria en el artículo 2º de la ley 73 de 1988, según se deduce de la transcripción que del mismo se hizo en párrafos anteriores.

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

¹⁵ GHERSI, Carlos. A. Trasplante de Órganos. Editorial La ley Argentina, 2003. Pag. 14.

¹⁶ Sentencia *ejusdem*.

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

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

Más allá de su conceptualización legal, aquél constituye el referente físico de los sentimientos que la sociedad en general y los allegados en particular tienen por sus muertos, es una especie de recordación a su memoria que, por supuesto, se expresa atendiendo los distintos patrones

culturales, los cuales se remontan al principio de los tiempos, tanto más cuando, en muchas civilizaciones los restos mortales fueron objeto de adoración y respeto.

Una de sus manifestaciones más importantes se relaciona con el destino mismo de los despojos mortuorios luego de ocurrido el hecho cierto de la defunción, suceso con el que desaparece la personalidad, lo mismo que la titularidad de derechos del sujeto; de ahí que lo que se procura proteger no son las garantías del fallecido, sino los sentimientos colectivos hacia su memoria¹⁷.

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

¹⁷ ROMEO CASABONA, Carlos María. Los Principios Jurídicos Aplicables a los Trasplantes de Órganos y los Tejidos. En el nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos. Biblioteca de Derecho y Ciencias de la Vida. Editorial Comares, Pag. 34.

11. Puestas así las cosas, tienen relevancia dentro del asunto que circula por la Sala, las siguientes circunstancias fácticas que además están cabalmente acreditadas:

a.-) Que JHON ALEXIS GÓMEZ SALAZAR murió violentamente el 3 de mayo de 2002, por razón de los disparos que desconocidos le propinaron con arma de fuego, según obra en el certificado de defunción expedido por la Notaría 11 del Círculo de Medellín.

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

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

d.-) Que ni el Instituto de Medicina Legal ni la CRUZ ROJA demandada, solicitaron permiso, cumpliendo los requisitos de ley, para proceder a la ablación de órganos del difunto.

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

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

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

g.-) Que la inscripción de la CRUZ ROJA SECCIONAL ANTIOQUIA, como Banco de Órganos, ante las autoridades del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, tuvo ocurrencia el 30 de septiembre de 2002, según obra en la Resolución 000471 de la misma calenda.

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

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

hecho culposo”, perdiendo de vista, por falta de aplicación, los cánones 63, 2302, 2343, 2347 y 2356 de la misma obra.

12.1 El primero de los preceptos mencionados constituye la piedra angular sobre la que se edifica la responsabilidad aquiliana, con base en el cual los hechos ilícitos se erigen en fuente de las obligaciones de reparar los perjuicios que se causen, siendo aceptado como elementos de aquella: (i) una conducta humana, positiva o negativa, por regla general antijurídica; (ii) un daño o perjuicio, esto es un detrimento, menoscabo o deterioro que afecte bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, su personalidad, o con su esfera espiritual o afectiva; (iii) una relación causal entre el perjuicio sufrido por la víctima y la conducta de aquel a quien se imputa su producción y, (iv) un factor o criterio de atribución de la responsabilidad, por regla general de carácter subjetivo (dolo o culpa) y excepcionalmente de naturaleza objetiva¹⁸.

En consideración a que el asunto se ha enmarcado dentro de la *“responsabilidad civil extracontractual”*, los elementos mencionados debe acreditarlos la parte damnificada que pretende su resarcimiento; es la manifestación del *onus probando incumbit actori* establecido en el artículo 177 del CPC.

¹⁸ CSJ SC Sent. Sept. 16 de 2011, radicación n. 2005-00058.

12.2 Desde el punto de vista de la atribución de la responsabilidad, no se trata de ignorar el concurso de los institutos privados en general, ni de la CRUZ ROJA DE ANTIOQUIA en particular, quien con su intervención realizó el procedimiento reprochado, pues, sería innegable reconocer el valor que significa el concurso del sector privado en el desarrollo y ejecución de los procedimientos de trasplante y demás actividades conexas y complementarias, dado que, en muy buena medida los avances logrados han resultado del esfuerzo de establecimientos particulares, pues la mayor de las veces son los que realmente cuentan con la disponibilidad de los recursos humanos, científicos, tecnológicos y financieros necesarios para la realización idónea de tales actividades y procedimientos¹⁹.

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

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

¹⁹ CE Sección Primera Sent. Abril 8 de 2010, radicación n. 2006 00121).

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

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

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

Adicionalmente, el artículo 6° del Decreto 786 de 1990, que disciplinó el régimen de las “*autopsias clínicas y médico – legales*”, señaló expresamente que aquellas procederán

obligatoriamente en los siguientes casos: “a) *Homicidio o sospecha de homicidio (...)*”, como ocurrió en este asunto.

De igual manera, el precepto 12 del mismo Estatuto prevé que la responsabilidad derivada de la custodia del cadáver y de las muestras tomadas, como también de las demás evidencias, está radicada en cabeza de las autoridades correspondientes, siendo la Dirección General del Instituto de Medicina Legal quien fijará la manera como deban protegerse aquellos cuerpos inertes que requieran autopsia médico – legal.

El procedimiento de extracción y trasplante de órganos, es un actividad reglada, según se desprende del ordenamiento positivo que lo gobierna, acorde con el cual corresponde al Instituto de Medicina Legal su autorización y vigilancia, como además quedó reconocido en la misiva que ese establecimiento dirigió al demandante señor GILBERTO GÓMEZ ALZATE (folio 3 c.3) en la que dice que “*cuando los funcionarios del Instituto detectan que hay un posible donante de órganos, están obligados por la normatividad vigente a informar a los Bancos de Órganos sobre este hecho ...el perito forense debe custodiar que no existan impedimentos ni obstáculo de las autoridades para la extracción de componentes anatómicos, además debe custodiar la extracción de esos componentes*”. (Subraya fuera de texto).

En ese orden de ideas, contrario a lo sostenido por la crítica, se hizo actuar debidamente el supuesto de hecho dimanante del artículo 2341 del Código Civil.

13. Por la misma razón anterior, aduce el recurrente aplicación incorrecta del artículo 2° de la ley 73 de 1988, relacionado con “*el permiso normativo para realizar un acto sensible a los asociados*”.

El precepto denunciado señala: “*Para los efectos de la presente Ley existe presunción legal de donación cuando una persona durante su vida se haya abstenido de ejercer el derecho que tiene a oponerse a que de su cuerpo se extraigan órganos o componentes anatómicos después de su fallecimiento, **si dentro de las seis (6) horas siguientes a la ocurrencia de la muerte cerebral o antes de la iniciación de una autopsia médico-legal** sus deudos no acreditan su condición de tales ni expresan su oposición en el mismo sentido*”.

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

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

La *ratio decidendi* del fallo que se integró al canon bajo análisis, al examinar el aspecto del consentimiento informado de los familiares del difunto, procurando que la decisión fuera libre, advirtió que ese deber de información “recaerá sobre el médico responsable de la realización de la autopsia o necropsia. Con este condicionamiento, esta Corte pretende garantizar que se suministre una información idónea y oportuna a los familiares de la persona fallecida que se encuentren presentes, por parte del médico responsable, respecto de sus derechos en virtud de lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley 73 de 1988. En consecuencia, en la parte resolutive de esta sentencia se condicionará la exequibilidad de la norma demandada en el sentido de que el médico responsable deberá informar oportunamente a los deudos presentes sus derechos en virtud del artículo 2º de la Ley 73 de 1988”. (Subraya fuera de texto).

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

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

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

14. El censor, dentro del marco del cargo primero acusa la sentencia de “*falta de aplicación*” de varios artículos del CC, entre ellos algunos que no aluden directamente a la materia debatida, como los preceptos 2347, 2356, 2343 y 2302; el primero atinente a la responsabilidad por el hecho propio y el de la personas a cargo; el segundo referente al régimen de la culpa presunta por el ejercicio de actividades peligrosas— el cual desplaza la carga de la prueba del actor al opositor—, el tercero alude al aprovechamiento del dolo ajeno “*sin haber tenido parte en él*”, que solo conmina al agente a responder proporcionalmente de lo que “*valga el provecho que hubiere reportado*”, y el último define los cuasicontratos, siendo esas disposiciones que en estrictez no eran aplicables al litigio que transita por la Sala.

Asimismo invoca que no se aplicó el canon 63, pero olvida, que aquél no tiene naturaleza de norma sustancial²⁰ pues se limita a definir “*las tres especies de culpa o descuido*”, diferenciándolas en grave, leve, y levisima, e igualmente el dolo.

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

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

Ciertamente el Tribunal citó el precepto mencionado, pero a manera de *obiter dicta*, no como base fundamental de su motivación; simplemente lo relacionó dentro del listado de “*disposiciones que arrojan luz sobre el tema litigioso*”, más no fue a partir solamente de ahí que la sentencia concluyó que las súplicas del escrito introductorio estaban llamadas al fracaso, tornándose el ataque intrascendente.

²⁰ GJ 2329, Pag.. 245 CSJ SC Sent. 24 de octubre de 1975, Reiterada en CS Sentencias de 24 de febrero de 1988 y de 9 de junio de 1998.

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

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

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

Al olvidar el fallador aplicar esa norma, dijo que la sentencia se *“queda sin un elemento jurídico indispensable para la definición de responsabilidad en el caso concreto”*.

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

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

En efecto, la decisión acusada, tras comentar la importancia de precisar el *“ajustamiento a la ley de la operancia de la presunción”*, refirió que era menester indagarse: *“¿a quien correspondía en la fecha del 3 de mayo de 2002 constatar que efectivamente se hallaban dadas las condiciones para que se configurara la antedicha presunción de donación de órganos; y en su defecto, servir de receptáculo bien al consentimiento, ora a la oposición de los parientes (...)?”*.

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

15.4 Según el recurrente la sentencia infringió disposiciones sustanciales, por hacer actuar incorrectamente “*el artículo 22 del Decreto 2493 de 2004*” también aducido por el juez plural, de quien dijo “*realizó una mala interpretación*”, pues la norma establece un deber del médico legista, “*pero cuando se den las circunstancias de los numerales 1° al 4°*”.

Expuso que cuando el Tribunal abordó el caso, solamente utilizó el artículo 22 mencionado, pero a partir de un “*orden en su razonamiento que es equívoco*”, dado que lo primero a averiguar según la norma es determinar si se consumaban o no las condiciones de sus numerales 1° al 4°.

15.4.1 El 22 *ibidem* advierte que cuando deban practicarse necropsias, los médicos forenses “*bajo su custodia*” podrán autorizar el retiro de tejidos para fines de trasplante o implante a otros profesionales competentes, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: (i) que exista previa donación o presunción legal de donación en los términos de ese decreto; (ii) que el procedimiento de extracción no interfiera con la práctica de la necropsia, ni con sus objetivos o resultados; (iii) que no exista oposición de las autoridades competentes de conformidad con el literal b) del artículo 4° de

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

15.4.2 El ataque, sea lo primero advertir, en su discurso argumentativo parece confundir la aplicación indebida de un precepto sustancial con la interpretación errónea, formas de transgredir la normatividad que son disímiles conceptualmente dado que, mientras en la primera el asunto es de “*diagnosis jurídica*”, la segunda atañe a la tarea intelectual del juez, a su laborío hermenéutico, que como se ha dicho, constituye una especie de peaje mental que debe agotar el intérprete antes de subsumir el caso en una premisa normativa.

Entendiendo que lo que propone la censura es una equivocada interpretación del precepto referido, no se vislumbra que el sentenciador haya utilizado una inteligencia distinta a la que cumplía dispensarle al artículo 22 *ejusdem*, pues al transcribirlo se limitó a integrar el marco normativo descrito para luego de analizar sistemáticamente sus contenidos, atribuir una consecuencia jurídica que no se vislumbra desatinada, esto es que el “*Instituto de Medicina Legal a través del médico forense era el responsable de realizar la autopsia o necropsia al cuerpo exánime de JHON ALEXIS GÓMEZ SALAZAR*”; y en el asunto, era verificable la competencia de la autoridad pública citada para la realización del procedimiento, debido a que el deceso del joven

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

15.5 Por último señala el recurrente, de un lado, que el fallador de segundo grado, aplicó indebidamente los artículos 1º, 3º y 4º de la Resolución No 511 del 28 de septiembre de 2001, expedida por el citado establecimiento público del orden nacional adscrito a la Fiscalía General de la Nación.

15.5.1 La naturaleza de norma sustancial no corresponde exclusivamente a la denominación formal vertida en el canon 150 superior cuando señala que corresponde al Congreso de la República “*crear, modificar e interpretar las leyes*”; lo importante para determinar la connotación sustantiva del precepto es que “*en razón de una situación fáctica concreta, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas también particulares entre las personas implicadas en tal situación*”²¹, sin atender la forma y el órgano que la crea sino su contenido, la materia por ella regulada.

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

²¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Auto de 1º de abril de 2004. Exp. No. 08758-31-84-001-1999-00915-01

15.5.2 Los artículos 1º, 3º y 4º que según el libelista fueron desconocidos por no hacerse actuar, refieren en su orden a: (i) la inscripción de los Bancos de componentes anatómicos en las sedes de las Direcciones Regionales de Medicina Legal del país; (ii) que durante el curso de la autopsia médico-forense el personal autorizado por dicho Banco, podrá liberar y retirar órganos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos, cumpliendo las exigencias del artículo 21 del Decreto 1546 de 1998; y (iii) el deber que les asiste de “*atender las disposiciones internas y de cadena de custodia*”.

15.5.3 El fallo combatido desechó el aspecto mencionado relativo a la falta de inscripción del Banco de Ojos de la CRUZ ROJA SECCIONAL ANTIOQUIA, para la fecha en que se realizó el procedimiento de extracción, con el argumento de que el operador judicial debe plegarse a los términos del litigio según lo plantearon las partes con sus diversos escritos de postulación.

Tal cuestionamiento, se analizó inicialmente dentro de los confines de la causal segunda de casación en el cuarto cargo formulado, —que no prosperó— al advertir una inconformidad por incongruencia de la sentencia.

Relativamente a los términos del ataque objeto de estudio, con abstracción de que el Tribunal haya hecho actuar o no, como lo dice, las disposiciones sustanciales memoradas, olvida el censor que la atribución de responsabilidad, de existir, fue trasladada a la autoridad pública, en este caso al

Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses a quien, además, por así disponerlo el artículo 5° de dicha normativa lo comprometía a verificar el acatamiento a sus dictados.

En efecto, el canon prenombrado dispone: “Será responsabilidad de los Directores Regionales velar por el cumplimiento estricto de las disposiciones contenidas en esta Resolución”. (Subraya fuera de texto), por manera que no se estructura el yerro denunciado.

15.6 De otra parte, esgrime “*aplicación indebida del Decreto 1546 de 1988*”, arguyendo que se trata de un precepto extraño al litigio y, “*de acuerdo al sondeo hecho, esta norma no existe en los niveles nacionales ya sea reglamentarios o legislativos*”.

El sentenciador *ad quem* aludió a esa prescripción, pero el simple yerro de digitación en el que se vislumbra incurrió, no configura por sí mismo el error imputado.

El Decreto 1546 de 1998, como se anotó, reguló parcialmente la ley 73 de 1988, en cuanto a la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos para trasplante de los mismos seres humanos, pero fue derogado casi que en su totalidad por el Decreto 2493 de 2004.

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

No obstante, tan aludía la referencia del juez plural a ese Decreto y no al “1546 de 1988”, que lo contextualizó en punto a su vigencia, teniendo en cuenta la derogación de que fue objeto por el Decreto 2493 de 2004, que estableció en su artículo 45: *“el presente rige a partir de la fecha de su publicación, modifica los artículos 1º y 2º del Decreto 1546 de 1998 y deroga las normas que le sean contrarias en especial los artículos del 3º al 42 del Decreto 1546 de 1998”*.

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

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

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

El corolario que siguió al estudio integral de todo el universo legal trasuntado era que correspondía al Instituto de Medicina Legal, a través del forense, hacer las verificaciones echadas de menos en la demanda, por ser justamente el ente responsable de realizar la necropsia, y de verificar si se encontraban dadas las condiciones para que operara la presunción de donación prevista en el canon 2º de la ley 73 de 1988, argumento que se robustece todavía más porque, merced a lo dispuesto por la Resolución No 511 del 28 de septiembre de 2001, expedida por la entidad pública, será responsabilidad de los Directores Regionales velar por el cumplimiento estricto de las disposiciones contenidas en ese acto administrativo.

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

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil,

RESUELVE

Primero: NO CASA la sentencia de 15 de marzo de 2012, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín dentro del proceso ordinario de responsabilidad civil identificado en el encabezamiento de esta providencia.

Segundo.- CONDENAR en costas del recurso de casación al recurrente. Por concepto de agencias en derecho inclúyase la suma de tres millones de pesos (\$3.000.000.00) M/cte., por no haber sido objeto de réplica.

NOTIFÍQUESE

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

MARGARITA CABELLO BLANCO

Radiación n. 05001 31 03 011 2006 00085 01

ALVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ