

CORTE DECLARÓ INEJECIBLE LA PROHIBICIÓN DE DONACIÓN Y UTILIZACIÓN DE ÓRGANOS O TEJIDOS DE LOS "NIÑOS NO NACIDOS ABORTADOS". ADVIRTIÓ UN CONTENIDO REGRESIVO EN EL DERECHO A LA SALUD QUE LIMITÓ EL PROGRESO CIENTÍFICO E IMPOSIBILITÓ LOS TRASPLANTES COMOQUIERA QUE EL LEGISLADOR INCUMPLIÓ LA CARGA ARGUMENTATIVA REQUERIDA

VI. EXPEDIENTE D-12533 - SENTENCIA C-294/19 (junio 26)
M.P. José Fernando Reyes Cuartas

1. Norma acusada

LEY 1805 DE 2016¹

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

Artículo 2º. Modifíquese el artículo 1º de la Ley 73 de 1988, el cual quedará así:

"Artículo 1º. El párrafo del artículo 540 de la Ley 9ª de 1979, quedará así:

Artículo 540. Párrafo 1º. Solo se podrá proceder a la utilización de los órganos, tejidos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos a que se refiere este artículo, cuando exista consentimiento del donante libre, previo e informado o presunción legal de donación.

Párrafo 2º. No pueden ser donados ni utilizados órganos o tejidos de los niños no nacidos abortados.

Parágrafo transitorio. Las disposiciones contenidas en este artículo entrarán a regir seis (6) meses después de la promulgación de la presente ley."

2. Decisión

Primero. Levantar la suspensión de los términos.

Segundo. Declarar **INEJECIBLE** la expresión "No pueden ser donados ni utilizados órganos o tejidos de los niños no nacidos abortados", contenida en el párrafo 2º del artículo 2º de la Ley 1805 de 2016.

3. Síntesis de la providencia

A partir de los distintos cargos formulados la Corte se pronunció de fondo, en primer lugar, respecto a si el párrafo acusado desconocía el principio de progresividad del derecho a la salud en su componente de investigación científica, debido a que el legislador no justificó suficientemente la medida de prohibición de donación y utilización de órganos o tejidos de los "niños no nacidos abortados".

Al examinar la medida legislativa adoptada encontró que no satisfizo la carga argumentativa necesaria y adecuada para su aprobación, por cuanto el Congreso de la República en ninguna de las discusiones justificó la necesidad de una disminución en el nivel de protección alcanzado en relación con la investigación y trasplante, y bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Expuso que con antelación a la Ley 1805 de 2016 existía un marco legal y reglamentario en materia de uso y donación de órganos o tejidos² que incluía los fetales

¹ Diario Oficial No. 49.955 de 4 de agosto de 2016.

² Leyes 9ª de 1979 (medidas sanitarias), 73 de 1988 (donación y trasplante de órganos y componentes anatómicos) y 919 de 2004 (prohíbe la comercialización de componentes anatómicos para trasplante y tipifica como delito su tráfico); Decreto 2493 de 2004 (reglamenta las leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988); y resoluciones 5108 de 2005, 2640 de 2005, 1065 de 2012, 2003 de 2014 y 481 de 2018. El Ministerio de Salud y Protección Social hizo énfasis en la Resolución 8430 de 1993 (normas científicas, técnicas y administrativas para la investigación en salud) alusiva a las investigaciones en mujeres embarazadas y la utilización de embriones, óbitos o fetos (arts. 30, 35 y 43).

con fines de investigación en salud, además de las investigaciones en curso³ como lo afirmó el Ministerio de Salud y el Instituto Nacional de Salud. Por tal razón, se incurrió en un retroceso en relación con la disponibilidad de componentes anatómicos para efectuar investigación científica que podría suponer avances en materia de vacunas, medicamentos, tratamientos para virus, etc. Específicamente, impidió el avance sobre ciertas enfermedades graves, la posibilidad de trasplantes de membrana amniótica para uso en oftalmología y el uso de células madre para curar a los niños en casos de diabetes, polio y anemia.

En Colombia la escasez de órganos o tejidos para usos terapéuticos -no solo trasplante- hace que un buen número de personas que los necesitan para sobrevivir o para mejorar su calidad de vida, permanezcan más allá del tiempo clínicamente idóneo en lista de espera e, incluso, lleguen a morir. Al no existir una razón válida constitucionalmente para fundamentar la prohibición legal, se impide la utilización terapéutica en la asistencia clínica, así como su empleo en proyectos de investigación dirigidos a encontrar nuevas estrategias en la prevención, tratamiento y cura de enfermedades, suprimiendo la oportunidad de conservar la salud y la vida de los posibles receptores, además de restringir el campo de los investigadores.

Expertos en la materia expusieron ante la Corte que la medida examinada comporta una restricción al derecho a la salud carente de cualquier justificación, pues limita que órganos o tejidos embrionarios o fetales sean trasplantados a personas que lo necesiten como procedimiento terapéutico que se ha extendido de forma constante y ha mejorado las expectativas de vida o de salud de sus beneficiarios. Tales avances han despertado cierta posibilidad de cura de enfermedades como el Alzheimer, Huntington o Corea de Huntington y Parkinson.

De esta manera, la Corte declaró la inexequibilidad del párrafo acusado y, por tanto, no se pronunció sobre los demás cargos de inconstitucionalidad que exponían una ambigüedad e incoherencia normativa, la violación del derecho a la igualdad y la afectación de los derechos reproductivos (mujer) por obstaculizar el acceso legítimo a la IVE de forma segura y sin limitaciones temporales, así como el desconocimiento del principio de unidad de materia.

4. Salvamento y aclaraciones de voto

El Magistrado **Carlos Bernal Pulido** se apartó de la decisión que adoptó la Sala Plena de la Corte Constitucional, el 26 de junio de 2019, referida a la demanda de inconstitucionalidad en contra del párrafo 2º del artículo 540 de la Ley 1805 de 2016, por las siguientes razones:

1. En este caso, correspondía proferir una sentencia de carácter inhibitorio. Frente a la supuesta vulneración al derecho a la salud, la demanda no cumplía con las exigencias de certeza y especificidad. En efecto, todas las afectaciones alegadas, como la restricción a la investigación científica y a los beneficios médicos que traería el uso de estos tejidos u órganos de "*niños no nacidos abortados*", carecían de fundamentación empírica y obedecían a simples conjeturas.

La demanda no desarrolló argumentos concretos en virtud de los cuales se pudiera verificar, al menos *prima facie*, que el párrafo demandado generaba una afectación cierta al derecho a la salud en sus componentes prestacional y de "*no regresividad*", por el supuesto deterioro de los elementos necesarios para garantizar la prestación "*suficiente y eficiente*" del servicio de salud, al que aludieron las demandantes.

2. Con todo, si, en gracia de discusión, se admitiera que el cargo por violación del derecho a la salud cumplió con requisitos de especificidad y suficiencia, lo cierto es que la Corte debió declarar la exequibilidad simple de la norma demandada. En efecto, la Sala consideró que permitir la donación de los órganos y tejidos de los "*niños no nacidos abortados*" protege el derecho a la salud y lo desarrolla en su faceta de realización progresiva, y por ello concluyó que la prohibición de esta conducta infringe, correlativamente, el mandato de no

³ Proyecto Zika en embarazadas y niños (ZEN), Colombia-Estados Unidos.

regresividad. Sin embargo, no hay ningún argumento que permita derivar analíticamente una conclusión de esta naturaleza.

De hecho, la Corte perdió de vista que el párrafo que declaró inexecutable buscaba, precisamente, proteger los derechos a la salud, la vida y la integridad personal, ante el posible riesgo de que este tipo de usos y donaciones constituyeran un incentivo perverso para la práctica de abortos en casos no autorizados por la jurisprudencia constitucional.

3. Lo anterior me lleva a sostener que, en efecto, la norma expulsada del ordenamiento perseguía un fin constitucionalmente legítimo. La Corte, en cambio, acogió la postura, planteada por las demandantes, de que el Legislador no ofreció razones de peso en dicho sentido. Con ello, la Corte entendió de manera equivocada el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes. De conformidad con este principio, lo que corresponde al órgano de representación política no es ofrecer razones a favor del ejercicio de su margen de configuración legislativa, con el cumplimiento, que en modo alguno le exige la Constitución, de una "*carga argumentativa necesaria y adecuada*", sino que la regulación legal que expida resulte fundamentable a la luz de la persecución de un fin constitucional válido, como ocurría en este caso con el párrafo declarado inexecutable.

4. Aun si se aceptara que la justificación ofrecida por el legislador para adoptar el apartado normativo declarado inexecutable era débil desde el punto de vista empírico, lo cierto es que la presunta afectación del derecho a la salud era apenas *potencial* y, en todo caso, *levísima*, por las siguientes razones:

i) No se configuraba la "*regresividad*" frente al derecho a la salud, a la que se refirió la demanda. En estricto sentido, no es cierto que previamente existiera un marco legal que permitiera de forma expresa la donación y el uso de órganos y/o tejidos de "*niños no nacidos abortados*", sino resoluciones del Gobierno Nacional en ese sentido. Con todo, era el Legislador quien ahora buscaba darle un marco regulatorio completo a la materia.

ii) Las posibles afectaciones a la *docencia* y a la *investigación* por el no uso de este tipo de órganos y tejidos no eran argumento suficiente para sostener una violación cierta y comprobada del derecho a la salud. Lo que reflejaron las intervenciones ante la Corte fue, *a contrario sensu*, un debate científico en el que existe incertidumbre acerca de los "*posibles*" beneficios y utilidades que el uso de estos tejidos tendría en materia de trasplantes y combate de enfermedades. Así, todos los argumentos de la demanda versaban sobre el eventual avance que podría suponer la utilización de este tipo de componentes orgánicos, lo que, en el campo de la ciencia médica, se ha quedado en el plano meramente hipotético.

Más allá de esto, no se presentó evidencia alguna de que la norma disminuyera el acceso de personas enfermas a tejidos, tratamientos y/o trasplantes, mucho menos si se tiene en cuenta que la disposición solo excluía el uso de órganos y tejidos de "*niños no nacidos abortados*", mas no de otro tipo de cuerpos o de formaciones embrionarias. Así las cosas, es claro que los motivos que llevaron a la Corte a declarar la inexecutable de la norma obedecieron más a argumentos de conveniencia que a razones estrictamente jurídico-constitucionales.

5. En mi criterio, en una democracia constitucional, la falta de certeza empírica se suple con la legitimidad política del Congreso de la República. Bajo los parámetros de incertidumbre a los que me refiero, e incluso bajo un eventual empate entre la finalidad buscada por la norma y la posible afectación del derecho a la salud, la decisión de la Corte debía producirse de conformidad con el principio *pro legislatore*.

El Magistrado **Luis Guillermo Guerrero Pérez** anunció la presentación de una aclaración de voto relativa a algunos de los fundamentos de la decisión. Por su parte, el Magistrado **Alejandro Linares Cantillo** se reservó una eventual aclaración de voto.