

U-12533
α
Copia

Bogotá D.C., diciembre de 2017

HONORABLES MAGISTRADOS
CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA
E.S.D.

MW/ 12145
Ordy O.
CORT
12 DIC 2017
SECRETARÍA GENERAL

ASUNTO: Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 2° (parcial) de la Ley 1805 de 2016 *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.*

Nosotras, **Luisa María Sanabria Guerra** y **Daniela García Aguirre**, miembros de la Clínica Jurídica de Medio Ambiente y Salud Pública (MASP) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, ciudadanas colombianas identificadas como aparece al pie de nuestras firmas. Respetuosamente presentamos ante la Corte Constitucional de Colombia **DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD** en contra del inciso 3° del artículo 2° de la Ley 1805 de 2016, el cual agregó un segundo párrafo al artículo 1° de la Ley 73 de 1988, que a su vez modificó el artículo 540 de la Ley 9 de 1979.

Solicitamos la protección de los derechos a la salud (C.P., artículo 49), reproductivos y sexuales¹, a la igualdad (C.P., artículo 13) y al principio de unidad de materia (C.P., artículo 158), que han sido y continúan siendo vulnerados por el aparte señalado. Con el propósito de agotar los requisitos de admisión establecidos en el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991², la demanda se estructurará de la siguiente manera:

- I. **Normas acusadas como inconstitucionales;**
- II. **Disposiciones constitucionales vulnradas;**
- III. **Pretensiones;**
- IV. **Razones de inconstitucionalidad de las normas demandada;**
- V. **Aptitud sustantiva de la demanda;**

¹Reconocidos jurisprudencialmente. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-627 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²Decreto 2067 de 1991, artículo 2: "Las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad se presentarán por escrito, en duplicado, y contendrán:

1. El señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas;
2. El señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas;
3. Las razones por las cuales dichos textos se estiman violados;
4. Cuando fuere el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado; y
5. La razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda."

Clínica de Medio Ambiente y Salud Pública - MASP -

Facultad de Derecho - Universidad de los Andes

Carrera 14 22 - 86, Piso 3

21.07 (B) 350-7949 ext. 3031

Bogotá, Colombia

clinicamasp@uniandes.edu.co

1 Vigilada MinEducación | Reconocimiento como Universidad: Decreto 1297 del 30 de mayo de 1964 |

1 Reconocimiento personería jurídica: Resolución 28 del 23 de febrero de 1949 MinJusticia |

- VI. Competencia de la Corte Constitucional y trámite;
- VII. Notificaciones.

I. Normas acusadas como inconstitucionales:

A continuación se transcribe el artículo 2º de la Ley 1805 de 2016, “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” y se subrayan las expresiones objeto de la demanda de inconstitucionalidad:

“LEY 1805 DE 2016
(agosto 4)
Diario Oficial No. 49.955 del 4 de agosto de 2016

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.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

(...)

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

Artículo 1. 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.

Parágrafo 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.

(Subrayado y negrita fuera de texto)

II. Disposiciones constitucionales vulneradas:

Las expresiones demandadas vulneran los artículos 13, 49 y 158 de la Constitución Política, y los derechos reproductivos reconocidos jurisprudencialmente por la Corte Constitucional³. Los cuales consagran:

Constitución Política de 1991, artículo 13: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

Constitución Política de 1991, artículo 49: “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

³Corte Constitucional, Sentencia T-627 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Clinica de Medio Ambiente y Salud Pública - MASP -

Facultad de Derecho - Universidad de los Andes

Calle 12 de Octubre y Avenida Bolívar

tel: +57 (0) 336-948148, 3361

seguridad@uniandes.edu.co

clinicamasp@uniandes.edu.co

¹ Vigilada MinEducación | Reconocimiento como Universidad: Decreto 1297 del 30 de mayo de 1964 |

¹ Reconocimiento personería jurídica: Resolución 28 del 23 de febrero de 1949 MinJusticia |

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad.

El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto.

Así mismo el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos.”

Constitución Política de 1991, artículo 158: *“Todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella. El Presidente de la respectiva comisión rechazará las iniciativas que no se avengan con este precepto, pero sus decisiones serán apelables ante la misma comisión. La ley que sea objeto de reforma parcial se publicará en un solo texto que incorpore las modificaciones aprobadas.”*

III. Pretensiones:

Solicitamos a la Honorable Corte Constitucional de Colombia que declare la inconstitucionalidad del parágrafo 2º del artículo 2º de la Ley 1805 de 2016, el cual agrega un segundo parágrafo al artículo 1º de la Ley 73 de 1988, que a su vez modifica el artículo 540 de la Ley 9 de 1979.

IV. Razones de inconstitucionalidad de las normas demandadas:

El aparte demandado prohibió la donación y utilización de órganos o tejidos de “los niños no nacidos abortados”, es decir, consagró una prohibición absoluta en esta materia. Las vulneraciones en las que incurre el aparte acusado son las siguientes:

- (i) afecta al derecho a la salud, consagrado en el artículo 49 de la Constitución Política;
- (ii) el término ambiguo “niño no nacido abortado” atenta contra los derechos sexuales y reproductivos y el derecho a la igualdad;

Clínica de Medio Ambiente y Salud Pública - MASP -

Facultad de Derecho - Universidad de los Andes

Carrera 14 # 21 - 25 # 30 - 1

Calle 14 # 140 - 1409 # 3601

Bogotá - Colombia

clinicamasp@uniandes.edu.co

! Vigilada MinEducación | Reconocimiento como Universidad: Decreto 1297 del 30 de mayo de 1964 |

! Reconocimiento personería jurídica: Resolución 28 del 23 de febrero de 1949 MinJusticia |

(iii) transgrede el principio de unidad de materia, consagrado en el artículo 158 de la Constitución Política.

Se pasan a exponer las contravenciones señaladas en este mismo orden.

i. El párrafo 2º del artículo 2 de la Ley 1805 de 2016 vulnera el derecho a la salud, consagrado en el artículo 49 de la Constitución Política.

El párrafo 2º del artículo 2 de la Ley 1805 de 2016 vulnera por lo menos en tres formas el derecho a la salud, consagrado en el artículo 49 de la Constitución Política. En primer lugar, desconoce la obligación del Estado de abstenerse de llevar a cabo conductas que afecten de manera directa o indirecta el derecho a la salud. En segundo lugar, desarrolla una medida regresiva respecto del derecho en mención, lo que *prima facie* ha sido prohibido por la jurisprudencia de la Corte y por la Ley Estatutaria de Salud 1571 de 2015 (en adelante Ley 1571). En tercer lugar, establece una orden contraria a la investigación médica. Esto es, viola un elemento esencial del derecho a la salud, lo cual se establece en el apartado d) del artículo 6 de la Ley 1571. Con objeto de esbozar adecuadamente estos cargos se hará referencia al contenido del artículo 49 de la Constitución Política y su regulación en la Ley 1571. Luego de ello, se identificarán los efectos que tiene la donación de tejidos fetales en la población colombiana en general. Por último, con fundamento en lo anterior, se desarrollarán cada uno de los cargos presentados.

1. Contenido del artículo 49 de la Constitución Política.

El derecho a la salud goza de especial protección en el ordenamiento jurídico colombiano. El artículo 49 de la Constitución Política contiene una doble connotación para la salud: derecho y servicio público⁴. La jurisprudencia constitucional ha sido clara en esta materia. Desde la Sentencia T-760 de 2008⁵, sostuvo que el derecho a la salud es de naturaleza fundamental, debido a que su protección está intrínsecamente relacionada con la garantía de la dignidad humana. Así mismo, el legislativo reafirmó la importancia del derecho al promulgar la Ley 1571, norma en la cual fueron compiladas las reglas y subreglas jurisprudenciales que la Corte Constitucional ya había estructurado en lo referente al mencionado derecho fundamental.

La Ley 1571 señaló múltiples características del derecho a la salud. Se recordarán sólo cuatro (4) por su importancia para este análisis de constitucionalidad:

⁴Ver entre otras: Sentencias T-134 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-544 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-361 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-357 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁵Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

1. Se trata de un derecho de naturaleza fundamental (Ley 1571, artículo 2⁶).
2. Sus elementos esenciales son cuatro, a saber: disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y calidad e idoneidad profesional⁷ (Ley 1571, artículo 6⁸).
3. Comporta obligaciones de hacer y no hacer en cabeza del Estado⁹ (Ley 1571, artículo 5¹⁰).

⁶ Ley 1571 de 2015, artículo 2: "El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado."

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-357 de 2017, M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁸ "Artículo 6°. **Elementos y principios del derecho fundamental a la salud.** El derecho fundamental a la salud incluye los siguientes elementos esenciales e interrelacionados:

a) **Disponibilidad.** El Estado deberá garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal médico y profesional competente;

b) **Aceptabilidad.** Los diferentes agentes del sistema deberán ser respetuosos de la ética médica así como de las diversas culturas de las personas, minorías étnicas, pueblos y comunidades, respetando sus particularidades socioculturales y cosmovisión de la salud, permitiendo su participación en las decisiones del sistema de salud que le afecten, de conformidad con el artículo 12 de la presente ley y responder adecuadamente a las necesidades de salud relacionadas con el género y el ciclo de vida. Los establecimientos deberán prestar los servicios para mejorar el estado de salud de las personas dentro del respeto a la confidencialidad;

c) **Accesibilidad.** Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información;

d) **Calidad e idoneidad profesional.** Los establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario, ser apropiados desde el punto de vista médico y técnico y responder a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas. Ello requiere, entre otros, personal de la salud adecuadamente competente, enriquecida con educación continua e investigación científica y una evaluación oportuna de la calidad de los servicios y tecnologías ofrecidos."

"Ver, entre otras, las siguientes sentencias: T-760 de 2008, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa; T-201 de 2014, M.P.: Alberto Rojas Ríos; C-313 de 2014, M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁹ Ley 1571, artículo 5°: "El Estado es responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud; para ello deberá:

- a) Abstenerse de afectar directa o indirectamente en el disfrute del derecho fundamental a la salud, de adoptar decisiones que lleven al deterioro de la salud de la población y de realizar cualquier acción u omisión que pueda resultar en un daño en la salud de las personas;
- b) Formular y adoptar políticas de salud dirigidas a garantizar el goce efectivo del derecho en igualdad de trato y oportunidades para toda la población, asegurando para ello la coordinación armónica de las acciones de todos los agentes del Sistema;
- c) Formular y adoptar políticas que propendan por la promoción de la salud, prevención y atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas, mediante acciones colectivas e individuales;
- d) Establecer mecanismos para evitar la violación del derecho fundamental a la salud y determinar su régimen sancionatorio;
- e) Ejercer una adecuada inspección, vigilancia y control mediante un órgano y/o las entidades especializadas que se determinen para el efecto;
- f) Velar por el cumplimiento de los principios del derecho fundamental a la salud en todo el territorio nacional, según las necesidades de salud de la población;

Clinica de Medio Ambiente y Salud Pública - MASP

Facultad de Derecho - Universidad de los Andes

Carrera 42 - 35 - P.O. 3

CP: 57 101 060 Bogotá, Colombia

Correo: masp@uniandes.edu.co

clinicamasp@uniandes.edu.co

I Vigilada MinEducación | Reconocimiento como Universidad: Decreto 1297 del 30 de mayo de 1964 |

I Reconocimiento personería jurídica: Resolución 22 del 23 de febrero de 1949 MinJusticia |

4. Es de naturaleza progresiva¹¹ (Ley 1571, artículo 5¹²)

2. Efectos de la donación de tejidos fetales en la población colombiana.

La donación de órganos y tejidos en Colombia, y en general en el mundo, es fundamental para el tratamiento de enfermedades. Hay una variedad de órganos y tejidos que pueden ser donados y posteriormente trasplantados. Los primeros son el corazón, los pulmones, el hígado, los riñones, el intestino y el páncreas. Por su parte, los tejidos que pueden trasplantarse son las córneas, la piel, los huesos, la médula ósea, los vasos sanguíneos, las válvulas cardíacas, los cartílagos, los tendones, la esclera y la membrana amniótica¹³. Sin embargo, la lista anterior no es taxativa ya que los avances científicos han mostrado que en el futuro se podrán donar y trasplantar nuevos órganos y tejidos.

De acuerdo con el Instituto Nacional de Salud¹⁴, en Colombia los datos de donación y trasplantes de órganos para el año 2016 fueron los siguientes:

- 2.565 personas estuvieron en lista de espera por un órgano.
- 1.068 personas recibieron un órgano (riñón, corazón, hígado, entre otros). Estos fueron obtenidos en un 84,45% de donantes cadavéricos (902 órganos) y en un 15,54% de donantes vivos (166 órganos).
- Fueron distribuidos 12.374 tejidos fetales en el año de la siguiente manera: 1.900 tejidos oculares, 683 injertos de piel, 59 tejidos vasculares, 414 tejidos de membrana amniótica y 11.208 tejidos musculares.

g) Realizar el seguimiento continuo de la evolución de las condiciones de salud de la población a lo largo del ciclo de vida de las personas;

h) Realizar evaluaciones sobre los resultados de goce efectivo del derecho fundamental a la salud, en función de sus principios y sobre la forma como el Sistema avanza de manera razonable y progresiva en la garantía al derecho fundamental de salud;

i) Adoptar la regulación y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos para atender de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población;

j) Intervenir el mercado de medicamentos, dispositivos médicos e insumos en salud con el fin de optimizar su utilización, evitar las inequidades en el acceso, asegurar la calidad de los mismos o en general cuando pueda derivarse una grave afectación de la prestación del servicio.”

¹¹ Ver al respecto, entre otras, las Sentencias C-463 de 2008, M.P: Jaime Araújo Rentería; T-745 de 2013, M.P: M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, C-313 de 2014, M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹² Ley 1571, artículo 5, literal g: “(...) Así mismo, el derecho fundamental a la salud comporta los siguientes principios: (...)

g) **Progresividad del derecho.** El Estado promoverá la correspondiente ampliación gradual y continua del acceso a los servicios y tecnologías de salud, la mejora en su prestación, la ampliación de capacidad instalada del sistema de salud y el mejoramiento del talento humano, así como la reducción gradual y continua de barreras culturales, económicas, geográficas, administrativas y tecnológicas que impidan el goce efectivo del derecho fundamental a la salud;”

¹³ Ministerio de Salud y de la Protección Social. Preguntas frecuentes sobre Donación de órganos. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/MET/donacion-trasplantes-organos-tejidos.pdf>

¹⁴ Instituto Nacional de Salud (2016). Informe ejecutivo corte a diciembre de 2016. Disponible en: <http://www.ins.gov.co/lineas-de-accion/Red-Nacional-Laboratorios/Estadisticas/Informe%20Ejecutivo%20Red%20de%20Donaci%C3%B3n%20y%20Trasplantes%202016.pdf>

Clinica de Investigación Ambiente y Salud Pública - MASP -

Facultad de Derecho - Universidad de los Andes

Avenida 130 - 45 - Piso 3

Calle 130 - 45 - Piso 3

Bogotá - Colombia

clinicamasp@uniandes.edu.co

Vigilada MinEducación | Reconocimiento como Universidad: Decreto 1297 del 30 de mayo de 1964 I

Reconocimiento personería jurídica: Resolución 28 del 23 de febrero de 1949 MinJusticia I

Como lo sugieren las anteriores cifras, la necesidad de recibir un órgano o un tejido de un feto (en adelante ambos conceptos se tratarán bajo la categoría de “tejidos fetales”) es una realidad. Aún más, ha sido afirmado que *“los tejidos y órganos [fetales] crecen rápidamente, se adaptan con facilidad al terreno receptor, algunos médicos afirman que casi no provocan reacciones inmunitarias de rechazo en el receptor (capacidad antigénica reducida), y además, en los casos de trasplantes en niños, los órganos trasplantados tienen las dimensiones anatómicas apropiadas”*¹⁵.

No obstante, la donación de tejidos fetales no es importante únicamente en el área de donaciones y trasplantes. Aquella es también fundamental para la investigación en salud. Esto en virtud de que con los tejidos fetales se han logrado avances significativos en investigaciones biomédicas. Así mismo, a través de estos tejidos se desarrollan procedimientos clínicos cada vez más avanzados que pueden incrementar la calidad de vida de quienes padecen enfermedades para las cuales no existen tratamientos clínicos efectivos.

De allí que la Asociación Americana de Escuelas de Medicina (Association of American Medical Colleges, AAMC), de la cual hacen parte más de cincuenta universidades e instituciones médicas reconocidas como las Universidades de Harvard, Yale, Johns Hopkins, Stanford y Columbia, estableció, en comunicado fechado el 18 de marzo de 2016¹⁶, que los tejidos fetales son esenciales para el tratamiento y la investigación médica de enfermedades como el cáncer de seno, el Parkinson, la diabetes, entre otros. Por ello, la mencionada asociación pide que los sistemas legislativos y políticos de todo el mundo permitan la donación de estos tejidos, pues se trata de un mecanismo esencial tanto para la investigación biomédica, como para el tratamiento de enfermedades graves que aquejan a millones de personas. Esto ha sido particularmente evidenciado por el Instituto de Células Madres de la Universidad de Harvard, el cual encontró en 2014¹⁷ que las células fetales que producen dopamina, obtenidas a partir de la donación de tejidos fetales, que posteriormente fueron trasplantadas en cerebros de pacientes con Parkinson, permanecieron saludables por catorce años. Este es un descubrimiento excepcional para el tratamiento de esta terrible enfermedad que, actualmente, aqueja a más de 220,000 colombianos¹⁸. Tal hallazgo, que se traducirá en el desarrollo de tratamientos y procedimientos médicos y farmacológicos, no habría sido

¹⁵García Fernández, D. (2011) Marco jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos fetales en México y en Colombia. *Ambiente Jurídico*. Centro de Investigación Sociojurídicas, Universidad Anáhuac México Norte. Pg. 35-40

¹⁶Statement from the Association of American Medical Colleges (March 18, 2016). Recuperado el 4 de mayo de 2016 de: <https://www.aamc.org/download/444248/data/statementinsupportoffetaltissuerecsearch.pdf>

¹⁷Hallett et al., Long-Term Health of Dopaminergic Neuron Transplants in Parkinson's Disease Patients, *Cell Reports* (June 5, 2014). Recuperado el 4 de mayo de 2016 de: <http://hsci.harvard.edu/news/harvard-researchers-see-promise-transplanted-fetal-stem-cells-parkinsons>

¹⁸“En Colombia hay más de 220.000 personas con parkinson” (10 de abril de 2016). *La Opinión*. Recuperado el 4 de mayo de 2016 de: <http://www.laopinion.com.co/vida-y-salud/en-colombia-hay-mas-de-220000-personas-con-parkinson-109883>

posible sin la disponibilidad de tejidos fetales.

Por otra parte, es importante resaltar que la donación de tejidos fetales es fundamental para el desarrollo tecnológico y biotecnológico de cualquier país. Por ejemplo, la Corte Europea de Derechos Humanos en la sentencia de *Oliver Brüstle vs. Greenpeace*,¹⁹ examinó temas relativos a la patentabilidad de las investigaciones e invenciones biotecnológicas y la importancia que tenían para los avances científicos y para la salud de las personas en general. En la sentencia se analiza específicamente el tema de la calidad jurídica que adquieren las investigaciones y las invenciones biotecnológicas, para lo cual era fundamental entender la relevancia que tienen éstas dentro de la sociedad y así dar una alusión más específica sobre su calidad jurídica. La Corte Europea de Derechos Humanos concluyó que este tipo de invenciones deberían ser consideradas como herramientas para alcanzar avances tecnológicos en una sociedad. Por esta razón, la Corte Europea estableció que debe existir una *“protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, eliminar los obstáculos a los intercambios comerciales y al buen funcionamiento del mercado interior (...) para así fomentar la investigación y el desarrollo industrial en el ámbito de la ingeniería genética.”* En ese sentido, la Corte estableció unas directrices que permiten hacer este tipo de investigación de manera ética y segura, señalando que aunque sí debe haber un cuidado especial en dichas investigaciones, es posible llevarlas a cabo.

En suma, la donación de tejidos fetales tiene una importancia estratégica que no se agota en la posibilidad de que una persona reciba un trasplante de un órgano o tejido, sino que se extiende a la investigación científica y a todos los avances médicos que ésta pueda traer. De lo anterior se pueden extraer dos consecuencias. En primer lugar, el ámbito de aplicación del derecho fundamental a la salud regula la donación de órganos y tejidos fetales. En segundo lugar, el Estado debe asegurar la disponibilidad de tejidos fetales, ya que estos hacen posible un tipo de investigación biomédica que conduce al desarrollo de tratamientos y procedimientos para tratar enfermedades graves y ampliamente extendidas en la población colombiana y mundial. Por esas razones, el mandato de prohibir la donación de tejidos fetales, incluido en la norma demandada, afecta desproporcionadamente el derecho fundamental a la salud de los colombianos.

3. Exposición de los tres cargos alegados.

¹⁹Corte Europea de Derechos Humanos, Tribunal de Justicia, *Oliver Brüstle vs. Greenpeace* en «Directiva 98/44/CE – Artículo 6, apartado 2, letra c) – Protección jurídica de las invenciones biotecnológicas – Obtención de células progenitoras a partir de células madre embrionarias humanas – Patentabilidad – Exclusión de la “utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales” – Conceptos de “embrión humano” y de “utilización con fines industriales o comerciales”», 18 de octubre de 2011, recuperada directamente de: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=111402&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&eqid=284714> el 8 de octubre de 2017

Los cargos que sustentan esta demanda se desarrollan con base en la garantía del derecho fundamental a la salud y en el efecto que tiene la donación de tejidos fetales en el desarrollo de dicho derecho, tal como se expone:

El párrafo 2º del artículo 2 de la Ley 1805 de 2016 consagra una medida regresiva respecto del derecho a la salud.

El principio de progresividad se establece en el acápite (g) del artículo 6 de la Ley Estatutaria de Salud. Este principio consta de dos obligaciones: primera, avanzar y ampliar cada vez más el ámbito de aplicación del derecho; segunda, no disminuir el nivel de satisfacción que se había alcanzado con anterioridad²⁰. Así mismo, la Corte Constitucional ha establecido respecto de este derecho que "(...) todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto (...)"²¹.

Ahora bien, la jurisprudencia de este alto tribunal ha subrayado que una medida es regresiva, al menos, en los siguientes casos:

*"Una medida se entiende regresiva, al menos, en los siguientes eventos: (1) cuando recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho; (2) cuando aumentan sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al respectivo derecho; (3) cuando disminuye o desvía sensiblemente los recursos públicos destinados a la satisfacción del derecho"*²².

Por lo tanto, se hace hincapié en que el párrafo del artículo 2 de la Ley 1805 de 2016 contraría el principio de progresividad, pues prohíbe una situación jurídica de donación y utilización de tejidos fetales que antes no se encontraba prohibida; y que implicaba garantizar el ejercicio del derecho a la salud mediante la obtención directa de órganos y tejidos fetales o de la investigación científica a través de los mismos.

Además, la nueva regulación en materia de tejidos fetales supone un entorpecimiento de la política de salud, la cual debería buscar la mejora en los procesos y tratamientos médicos. Por lo tanto, con su prohibición se estaría generando un retroceso en este nivel de protección que ya se había alcanzado en el ordenamiento jurídico, en tanto no estaba prohibido, pues para los

²⁰Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Observación General 3,1990.

²¹Corte Constitucional, Sentencia C-671 de 2002, M.P: Eduardo Montealegre Lynett.

²²Corte Constitucional, Sentencia C-313 de 2014, M.P: Rodrigo Escobar Gil. Posición jurisprudencial que también ha sido asumida en las siguientes sentencias: Corte Constitucional, Sentencia C-556 de 2009, M.P: Nilson Pinilla Pinilla; Corte Constitucional, Sentencia C-630 de 2011, M.P: María Victoria Calle Correa; Corte Constitucional, Sentencia C-493 de 2015, M.P: María Victoria Calle Correa; Corte Constitucional, Sentencia C-486 de 2016, M.P: María Victoria Calle Correa.

particulares lo que no está prohibido, se encuentra permitido. Por ello, la disposición acusada debe presumirse *prima facie* como inconstitucional.

Como lo ha establecido la Corte Constitucional, el principio de progresividad y de no regresividad deben entenderse como parámetro de constitucionalidad y como un elemento de análisis para verificar la violación de derechos constitucionales, principalmente alrededor del derecho a la salud²³. En el primer caso, la misma Corte²⁴ determinó cinco reglas generales sobre la aplicación de los dos principios ya mencionados. Estas son: i) las medidas que constituyan un retroceso en la protección de los derechos sociales, económicos y culturales son *prima facie* inconstitucionales; ii) la libre configuración del legislador se reduce en materia de estos derechos, en tanto que cuando éste adopte una medida que produzca una disminución en el nivel de protección alcanzado, tiene un deber de justificación conforme al principio de proporcionalidad, aún cuando exista un amplio margen de configuración; iii) la prohibición de regresividad también es aplicable a la Administración; iv) en virtud de este principio no es posible avalar la inactividad del Estado en su tarea de implementar acciones para lograr la protección integral de los derechos, y (v) en relación con las facetas prestacionales de los derechos que no son exigibles de forma inmediata, es posible solicitar judicialmente “(1) la existencia de una política pública, (2) orientada a garantizar el goce efectivo del derecho y (3) que contemple mecanismos de participación de los interesados”²⁵.

La segunda regla resulta relevante para nuestro caso. De acuerdo con ésta, el legislador debe justificar adecuadamente cualquier norma que pondere el principio de progresividad del derecho a la salud en favor de otros principios, derechos o situaciones fácticas. En este caso, en los debates llevados a cabo en el Congreso de la República nunca se explicó de manera inteligible por qué se incluía el parágrafo acusado, que por lo demás no hizo parte del proyecto de ley original promovido por el Representante a la Cámara Rodrigo Lara Restrepo²⁶. La única explicación allegada fue que se quería evitar la venta de tejidos fetales y el escándalo que se generó en los Estados Unidos²⁷. Más allá de esta alusión informal y poco rigurosa—que por lo demás resulta insuficiente no sólo en el contexto del parlamento sino en cualquier foro de deliberación pública o académica—, no se produjo ninguna justificación para la inclusión del mandato que prohíbe la donación de tejidos fetales. En consecuencia, la presunción de inconstitucionalidad de las normas que atentan contra el carácter progresivo del derecho a la salud deberían activarse para este caso por las razones expuestas anteriormente.

²³Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2011, M.P: Juan Carlos Henao Pérez

²⁴Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa

²⁵Ibid.

²⁶Congreso de la República de Colombia, Gaceta del Congreso No. 489 de 2014, Proyecto de Ley 091 de 2014-Cámara.

²⁷Congreso de la República de Colombia, Gaceta del Congreso No. 91 de 2016, Proyecto de Ley 093 de 2015-Senado.

El parágrafo 2º del artículo 2 de la Ley 1805 de 2016 desconoce la obligación del Estado de abstenerse de llevar a cabo conductas que afecten de manera directa o indirecta el derecho a la salud.

El literal (a) del artículo 5 de la Ley 1571 establece una prohibición directa para el Estado, que al desconocerse podría derivar en una conducta dañosa para el derecho a la salud²⁸. Lo anterior se encuentra enmarcado dentro de la doble dimensión con la que cuenta este derecho, en otras palabras, el Estado debe garantizarlo (dimensión positiva) y también debe abstenerse de deteriorarlo (dimensión negativa)²⁹. En este caso, cuando la ley establece una prohibición con respecto a la donación y uso de tejidos fetales, está vulnerando la dimensión negativa del derecho. Esto debido a que se están deteriorando dos de los elementos que este derecho requiere para poder garantizar su prestación suficiente y eficiente: el acceso a tejidos que le permitirán a otra persona vivir dignamente y el desarrollo de la investigación científica que permitirá salvaguardar en el futuro una protección más adecuada del derecho en mención. En otras palabras, se está atentando directamente contra el elemento esencial del derecho fundamental a la salud de disponibilidad³⁰, puesto que el Estado mismo no está permitiendo que se acceda a los objetos biológicos necesarios tanto para gozar de una vida digna por parte de los receptores de órganos o tejidos fetales, como para desarrollar la tecnología suficiente a la que tienen derecho los destinatarios de la salud.

Ahora bien, se podría pensar que en Colombia no existe la tecnología necesaria para poder hacer la investigación y avances médicos que requieren del uso de órganos y tejidos fetales. Sin embargo, la Corte Constitucional ha establecido claramente que no es de recibo el argumento según el cual el cumplimiento de la obligación de abstención "(...) sea pospuesto hasta que el Estado, entidad o persona cuenta con los recursos suficientes y la capacidad administrativa adecuada"³¹. Por tanto, no es argumento suficiente afirmar que sólo porque no existe dicha tecnología, ésta se puede prohibir sin que medien argumentos de fondo. Esto sería como si una norma prohibiera el uso de tecnologías de edición genética como CRISPR, las cuales están revolucionando la investigación médica contemporánea, con el simple argumento de que todavía no existe en Colombia³².

En suma, el Congreso de la República ha desconocido la obligación del Estado de abstenerse

²⁸Corte Constitucional, Sentencia C-313 de 2014, M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²⁹Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁰Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-357 de 2017, M.P: Gloria Stella Ortiz: "*la disponibilidad* implica que el Estado tiene el deber de garantizar la existencia de medicamentos esenciales, agua potable, establecimientos, bienes, servicios, tecnologías, instituciones de salud y personal profesional competente para cubrir las necesidades en salud de la población."

³¹Ibidem.

³²Broad Institute, 2017. Questions and Answers about CRISPR. Disponible directamente en: <https://www.broadinstitute.org/what-broad/areas-focus/project-spotlight/questions-and-answers-about-crispr>. Recuperado el 30 de octubre de 2017

de afectar el disfrute del derecho a la salud. Aún más, la alta corporación legislativa transgredió directamente el elemento de disponibilidad del derecho indicado. Esto sin importar si la tecnología médica que hace uso de tejidos fetales ya se encuentra o no disponible en Colombia.

El parágrafo 2° del artículo 2 de la Ley 1805 de 2016 establece una orden contraria a la investigación médica, esto es, a un elemento esencial del derecho a la salud.

El derecho a la salud, en tanto se desarrolla a través de la prestación de un servicio, implica que los usuarios tienen derechos y deberes frente a éste. Entre los derechos incluidos en el artículo 10 de la Ley 1751 encontramos los siguientes:

- a) A acceder a los servicios y tecnologías de salud, que le garanticen una atención integral, oportuna y de alta calidad;
- i) A la provisión y acceso oportuno a las tecnologías y a los medicamentos requeridos;

Los literales (a) e (i) del artículo en mención consagraron el derecho de los pacientes a acceder oportunamente a las tecnologías y medicamentos requeridos. Para poder recibir dicha tecnología es fundamental que los médicos y científicos cuenten con las herramientas necesarias para investigar y desarrollar procesos más innovadores.

Con la mencionada disposición, el legislador colombiano quiso unir el derecho a la salud, con el derecho humano a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones. Éste se encuentra consagrado en múltiples disposiciones nacionales e internacionales. Por ejemplo, el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece específicamente que *"toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten"*. En esta misma línea se encuentra el artículo 15, numeral 1, literal (b) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³³. Así mismo, este convenio internacional determina que es obligación de los Estados Parte promover la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y la cultura (artículo 15, numeral 2); respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora (artículo 15, numeral 3) y reconocer los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales (art. 15, numeral 4). Además, la Carta de la Organización de los

³³ Artículo 15. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:

(...)

b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;"

Clinica de Medio Ambiente y Salud Pública - MASP -

Facultad de Derecho - Universidad de los Andes

CLAYTON BARRERA

ESTUDIOS DE GRADUACIÓN

2017 - 2018

clinicamasp@uniandes.edu.co

Estados Americanos establece en su artículo 38 que los Estados "difundirán entre sí los beneficios de la ciencia y de la tecnología, promoviendo (...) el intercambio y el aprovechamiento de los conocimientos científicos y técnicos".

La Relatora Especial para los Derechos Culturales de las Naciones Unidas respecto del derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones sostuvo que el contenido de este derecho era el siguiente:

"a) el acceso de todos, sin discriminación, a los beneficios de la ciencia y sus aplicaciones, incluido el conocimiento científico, b) oportunidades para todos de contribuir a la actividad científica y la libertad indispensable para la investigación científica, c) la participación de individuos y comunidades en la adopción de decisiones y el derecho conexo a la información y d) el fomento de un entorno favorable a la conservación, desarrollo y difusión de la ciencia y la tecnología"

(...)

47. El [fomento de un entorno favorable al] desarrollo exige un compromiso explícito de desarrollar la ciencia y la tecnología en beneficio humano, por ejemplo elaborando planes de acción nacionales. Esto implica en general la adopción de programas para apoyar y fortalecer la investigación financiada con fondos públicos, formar asociaciones con empresas privadas y otros actores, como los agricultores en relación con la seguridad alimentaria, y promover la libertad de la investigación científica³⁴.

(Negrita fuera de texto)

Por otra parte, el derecho del acceso a la ciencia también puede encontrarse en los artículos 67³⁵ y 71³⁶ de la Constitución Política de 1991.

En esta medida, la correcta prestación del servicio de salud, unida al goce del derecho

³⁴Relatoria Especial sobre los derechos culturales de las Naciones Unidas (2012) Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales. Farida Shaheed. Derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y sus implicaciones. Disponible directamente en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G12/134/94/PDF/G1213494.pdf?OpenElement>. Recuperado el 30 de octubre de 2017.

³⁵Constitución Política de 1991, artículo 67: "La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura."

³⁶Constitución Política de 1991, artículo 71: "La búsqueda del conocimiento y la expresión artística son libres. Los planes de desarrollo económico y social incluirán el fomento a las ciencias y, en general, a la cultura. El Estado creará incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología y las demás manifestaciones culturales y ofrecerá estímulos especiales a personas e instituciones que ejerzan estas actividades."

humano a gozar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones, requiere acceder a las mejores tecnologías. Para ello, es necesario permitir la investigación científica con tejidos fetales, los cuales han probado ser muy beneficiosos en diversos casos tanto en mejoras en salud, como en investigación. Ante esta situación, es claro que el aparte acusado consagra una medida desproporcionada que ni siquiera consideró un uso responsable de los tejidos fetales en la investigación científica, como sí lo hizo la Corte Europea de Derechos Humanos, tal como se señaló anteriormente.

ii. La creación de un término ambiguo o inexistente vulnera los derechos reproductivos y el derecho a la igualdad.

El párrafo 2 del artículo 2 de la Ley 1751 de 2015 creó un término ambiguo e inexistente que vulnera los derechos reproductivos y el derecho a la igualdad de las colombianas y los colombianos. El término es el siguiente:

“niño no nacido abortado”

La Corte Constitucional ha establecido que el uso del lenguaje y la capacidad del ser humano para dotarlo de nuevos significados y utilizarlo de modos diferentes puede dar lugar al control constitucional, aún cuando el mismo deba hacerse con especial cuidado³⁷. Es así que el juez debe estar atento al contexto en el cual se usan las expresiones que se demandan y al uso práctico que se le dan en el marco de tal contexto. Por consiguiente, se debe analizar el significado que se le da a la expresión acusada y si la misma puede vulnerar un bien constitucionalmente protegido³⁸.

La ambigüedad y potencial incoherencia del término “niño no nacido abortado” radica en dos sentidos. Por una parte, no tiene concordancia con ninguna definición científica o legal. Por otra parte, el término es contradictorio con respecto a lo que ha establecido la jurisprudencia constitucional sobre el grado de protección que se le debe dar al sujeto especificado en el párrafo acusado. A continuación se expondrá cada una de las definiciones a las que se hizo referencia.

Definición científica

El Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) definió la defunción fetal como:

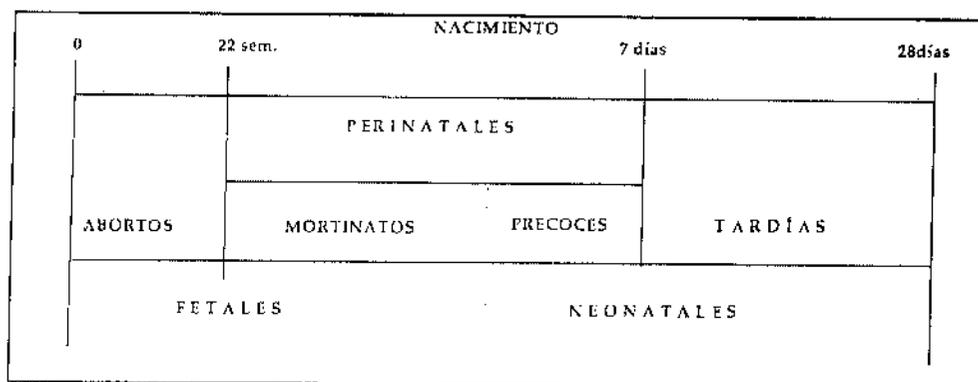
“la muerte de un producto de la concepción, antes de su expulsión o extracción

³⁷Corte Constitucional, Sentencia C-147 de 2017, M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

³⁸Ibidem.

completa del cuerpo de su madre, independientemente de la duración del embarazo; la muerte está indicada por el hecho de que después de la separación, el feto no respira ni da ninguna otra señal de vida, como latidos del corazón, pulsaciones del cordón umbilical o movimientos efectivos de los músculos de contracción voluntaria”³⁹.

De acuerdo con lo anterior, es posible diferenciar las muertes fetales de las neonatales, pues las primeras ocurren antes del nacimiento del feto, mientras que las segundas ocurren después. Ahora bien, dentro de las muertes neonatales es posible separar los abortos y los mortinatos. Así, los abortos son “las muertes de los productos del embarazo hasta antes de las 22 semanas de gestación y menos de 500 gramos”⁴⁰. Por otro lado, los mortinatos son “las muertes fetales de los productos del embarazo de 500 gramos y más y de 22 semanas y más de gestación hasta el nacimiento”⁴¹. La clasificación realizada por el DANE se muestra en el siguiente gráfico:



Fuente: DANE, 2017⁴².

Ateniéndose a la mencionada definición de la palabra aborto, puede concluirse que una interpretación posible de la categoría creada por el parágrafo 2 del artículo 2 de la Ley 1805 de 2016 –“niño no nacido abortado”- es la siguiente: se prohíbe la donación de tejidos fetales de muertes producidas entre la semana 0 y la 22 del embarazo, pues esto es lo que se puede considerar como un procedimiento de aborto. No obstante, esta restricción temporal no tiene justificación alguna y carece de sentido. Por otro lado, es importante diferenciar el procedimiento del aborto de la interrupción voluntaria del embarazo (IVE). Mientras que el primero sólo puede ocurrir en las primeras 22 semanas de embarazo, el segundo, de acuerdo a

³⁹DANE, 2017 “Normas e instrucciones sobre la codificación de la mortalidad fetal y neonatal”. Disponible directamente en: www.valledelcauca.gov.co/salud/descargar.php?id=1218. Recuperado el 30 de octubre de 2017.

⁴⁰Ibidem.

⁴¹Ibidem.

⁴²Ibidem.

la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no tiene un límite temporal⁴³.

Definición jurídica y jurisprudencial

La categoría de “niños no nacidos abortados” va en contra del reconocimiento jurídico que se le ha dado al feto en Colombia. Al analizar el tipo penal de aborto, la Corte Constitucional determinó que el *nasciturus* gozaba de una protección especial en el ordenamiento colombiano por ser una vida en gestación. Sin embargo, esta protección no puede equipararse a la otorgada a una persona. Según la Corte,

“La prohibición del aborto radicó en el deber de protección del Estado colombiano a la vida en gestación y no en el carácter de la persona humana del nasciturus y en tal calidad titular del derecho a la vida”⁴⁴.

Esta diferencia entre la categoría del *nasciturus* y la de la vida humana, justifica la decisión del máximo Tribunal Constitucional de no reconocer al feto como un sujeto del derecho a la vida. En palabras de la Corte: *“El ordenamiento jurídico, si bien es verdad, que otorga protección al nasciturus, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana”⁴⁵.*

Esta misma postura ha sido expuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo contra Costa Rica*, en el que al analizar el artículo 4.1. de la Convención Americana determinó lo siguiente:

“264. (...) el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general”⁴⁶.

⁴³Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006, M.P: Jaime Araujo y Clara Inés Vargas y Corte Constitucional, Sentencia T-532 de 2014, M.P: Luis Guillermo Guerrero.

⁴⁴Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006, M.P. Jaime Araujo y Clara Inés Vargas.

⁴⁵Ibidem.

⁴⁶CIDH. Caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

En consecuencia, la creación de la categoría “niño no nacido abortado” no sólo es problemática en términos técnicos y médicos, sino que cambia la posición jurídica del nasciturus, ya que le otorga un nombre que une diferentes categorías que la Corte ya había separado. Bajo la regulación penal, el nasciturus está protegido, pero no de la misma manera que se protege a una vida humana (la de un niño o niña, por ejemplo). En cambio, la categoría creada por el parágrafo 2 del artículo 2° de la Ley 1805 de 2016 implica una protección equivalente a la de un niño, que además de gozar de todos los derechos constitucionales, es un sujeto de especial protección constitucional de acuerdo con el artículo 44 de la Constitución Política.

Así pues, no es posible pensar, en términos lógicos, en un “niño no nacido”. La categoría de niño se adquiere al momento de nacer y no es posible denominar a quien no ha nacido como tal. Debido a lo anterior, es menester que la Corte haga un análisis riguroso de la categoría que se está creando en el parágrafo demandado: “niño no nacido abortado”. Ello en la medida en que los efectos jurídicos que se derivan de la creación de la misma son inconstitucionales y crean situaciones inexistentes tanto científica como jurídicamente. Pasará a exponerse los efectos que el indicado término ambiguo podría tener en el derecho a la igualdad y en los derechos sexuales y reproductivos.

1. Vulneración al derecho a la igualdad.

El artículo 15 de la Ley 1805 de 2016 dispone lo siguiente:

“Los menores de edad podrán ser donantes de órganos y tejidos, siempre y cuando sus representantes legales expresen su consentimiento informado para la donación de órganos y/o tejidos dentro de las ocho (8) horas siguientes a la ocurrencia de la muerte cerebral.

El médico responsable deberá informarles sus derechos y los beneficios de la donación.”

(Negrita fuera de texto)

Entre el aparte acusado y el mencionado extracto se configura un trato discriminatorio entre los padres de los “niños no nacidos abortados” y los de los neonatales, es decir, niños en estricto sentido. Aún más, la norma demandada ofrece una mayor protección al nasciturus que al niño, a pesar de que la Corte Constitucional y la Corte Interamericana ya han determinado que tal postura no es de recibo, como ya se explicó anteriormente.

Los padres de los niños que en efecto nacieron, pueden decidir sobre la donación de los

órganos y tejidos de aquellos. Por el contrario, los padres del nasciturus, que no nació, no pueden tomar dicha decisión. El Congreso de la República asume una posición absoluta respecto de los tejidos fetales, pues ni siquiera permite que los padres del nasciturus decidan el destino del material biológico que ha quedado. Por tanto, parece ser que considera que debe dársele una mayor protección jurídica al nasciturus y no al niño que falleció tras nacer efectivamente.

Además de desproporcional, esta regulación carece de sentido, pues los padres pueden verse sometidos a uno de los dos ámbitos de aplicación de la Ley 1805 de 2016 ante situaciones diferenciadas por minutos. A manera de ejemplo, si se trata de padres que estaban en el parto, pero cuyo feto no salió del útero con vida, no pueden tomar la decisión sobre la donación. Mientras los padres de un niño que nació, pero murió en el primer minuto de vida, sí pueden tomar la decisión respecto de la donación.

Por último, es importante agregar que este cargo no puede extraerse de su contexto. Este es el de una regulación que afecta directamente el derecho fundamental a la salud, como ya se explicó. Por ello, no puede olvidarse que el respeto del principio de igualdad es un límite a la libertad de configuración del legislador en materia de salud, como ya lo ha dicho la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“Respecto del principio de igualdad como límite a la libertad de configuración del legislador en materia de salud, ha expresado la Corte que ésta se configura cuando el legislador recurre a criterios de diferenciación sospechosos o potencialmente discriminatorios, que impliquen un trato diferente a situaciones fácticamente iguales o análogas que ameritan un trato igualitario. Este principio puede resultar vulnerado a través de regulaciones legales irrazonables o desproporcionadas que terminen vulnerando la igualdad, como en el caso en que se establezcan derechos y prestaciones sólo para determinados grupos, sin observar estos criterios”⁴⁷.

(Negrita fuera de texto)

En conclusión, el aparte acusado genera un trato discriminatorio entre los padres de nasciturus y los de los neonatales, pues éstos últimos podrán decidir el destino de los órganos y tejidos de sus hijos, mientras que los primeros no podrán hacerlo frente al nasciturus. Además, esta diferenciación no fue fundamentada ni explicada de ninguna manera por el legislador, a pesar de que éste tenía un ámbito de aplicación restringido en el ejercicio de su libertad de configuración legislativa. Finalmente, no puede dejar de resaltarse que la forma en que está expresado el aparte acusado “niño no nacido”, es extremadamente confusa en su

⁴⁷Corte Constitucional, Sentencia C-463 de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería.

aplicación, pues como ya se dijo la categoría de niño se adquiere al momento de nacer y no es posible denominar a quien no ha nacido como un niño. Por lo anterior, es menester que el párrafo se retire del ordenamiento jurídico debido a que el nivel de ambigüedad jurídica y científica de esta expresión afecta el derecho a la igualdad en los términos expresados.

2. Vulneración a los derechos sexuales y reproductivos

La Corte Constitucional ha reconocido que los derechos sexuales y reproductivos hacen parte de la Constitución Política de 1991, especialmente a partir de la sentencia C-355 de 2006⁴⁸, y mediante el bloque de constitucionalidad. Estos derechos están en cabeza tanto de hombres como de mujeres y versan sobre dos elementos fundamentales: i) la autodeterminación reproductiva y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva.⁴⁹

La autodeterminación reproductiva se refiere a la posibilidad que tienen tanto hombres como mujeres de decidir cuándo, cómo y con qué frecuencia quieren reproducirse.⁵⁰ Por lo cual es menester que el Estado garantice que para tomar estas decisiones las personas, especialmente las mujeres, estén libres de interferencias de cualquier dimensión. Por otro lado, el acceso a servicios de salud reproductiva exige que el Estado garantice la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales.⁵¹ Los servicios de salud incluyen, entre otros: i) la educación e información sobre métodos anticonceptivos, acceso a estos y la posibilidad de elegir cuál consumir⁵²; ii) el acceso a los servicios de salud de interrupción voluntaria del embarazo de forma segura, oportuna y con calidad, en casos donde no sea punible⁵³; iii) medidas que garanticen una maternidad libre de riesgos en los periodos de gestación, parto y lactancia para poder tener hijos sanos; y iv) la prevención y tratamiento de las enfermedades del aparato reproductor femenino y masculino.

El término ambiguo “niño no nacido abortado” inserto en el párrafo demandado vulnera la garantía del derecho reproductivo a acceder a servicios de salud reproductiva por parte de la mujer, específicamente el acceso a servicios de salud respecto de la interrupción voluntaria del embarazo de forma segura. Ello radica en que la posibilidad de poder acceder a este tipo de servicios está supeditada a las definiciones específicas de las categorías y momentos de gestación del feto. De manera que la creación de una nueva categoría que no tiene correspondencia con la legislación, las normas técnicas y la jurisprudencia puede llegar a entorpecer el acceso legítimo de una mujer al mencionado servicio.

⁴⁸Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas y Jaime Araújo Rentería.

⁴⁹Corte Constitucional, Sentencia T-627 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵⁰ Constitución Política de 1991, artículo 42.

⁵¹ Comité CEDAW, Recomendación general 24, artículo 12.

⁵² Comité CEDAW, Recomendación general 24, artículos 10 y 12.

⁵³ Corte Constitucional, Sentencia T-585 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y Sentencia T-841 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Si una mujer desea interrumpir voluntariamente el embarazo dentro de los términos y condiciones legalmente aceptados, debe enmarcarse dentro de los criterios técnicos y científicos sobre el momento adecuado hasta el cual puede acceder a la mencionada interrupción. Así las cosas, dentro del ordenamiento colombiano existen dos formas de definir el feto dentro del embarazo y su posterior nacimiento, que son las mismas que determinan la posibilidad de interrumpir el embarazo. La primera es una técnica establecida por el DANE. La segunda, es una forma jurídica establecida por la Corte Constitucional. En el caso del término ambiguo “niño no nacido abortado” de la Ley 1805 de 2016, se está introduciendo una nueva definición que es contradictoria respecto a las dos definiciones existentes. De esta forma, puede ser que el aparte acusado sea utilizado no sólo para regular asuntos de donación, sino para establecer el momento en que puede practicarse la interrupción voluntaria del embarazo, lo que constituye una vulneración a los derechos sexuales y reproductivos que legítima y jurídicamente pueden ejercer las mujeres.

iii. Vulneración al artículo 158 de la Constitución Política de Colombia en tanto se atenta contra el principio de unidad de materia.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que para garantizar el principio de primacía constitucional, consagrado en el artículo 4 de la Constitución Política, pueden llevarse a cabo dos juicios de constitucionalidad: de validez formal y de validez material. Como lo explica la Corte:

“La segunda faceta de la función jerárquica es la de servir de parámetro para la validez formal y material de las normas que integran el ordenamiento jurídico. Las previsiones que conforman el contenido orgánico de la Constitución determinan el régimen de competencias para la producción normativa (por ejemplo, la cláusula general de competencia legislativa del Congreso de que trata el artículo 150 C.P.), al igual que los aspectos esenciales que guían el procedimiento para dicha actividad de creación del derecho legislado, así como de los reglamentos. Estas disposiciones constitucionales conforman el marco de referencia para la validez formal de las normas jurídicas. En cambio, la validez material refiere al contenido concreto de la regla jurídica correspondiente y su comparación con las postulados constitucionales. Sobre este aspecto, el artículo 4º C.P. implica que en todo caso debe preferirse la vigencia sustantiva de la Constitución cuando entre en contradicción con el contenido de una norma jurídica de inferior jerarquía. Según lo han sostenido diferentes vertientes de la teoría del derecho, dicha compatibilidad no solo se predica de las previsiones constitucionales comprendidas como reglas, sino también de los principios, valores y postulados de moralidad política que dan sentido

*a la Carta Política. Precisamente, el ejercicio del control de constitucionalidad es, ante todo, una comprobación acerca de la validez de las normas jurídicas*⁵⁴.

(Negrita fuera de texto)

En este caso, nos encontramos ante un vicio de validez formal, como pasa a exponerse. El principio de unidad de materia consagrado por la Constitución Política de Colombia determina que *“todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella”*. Por lo tanto, la Corte Constitucional ha destacado que debe existir correspondencia lógica entre el título y el contenido normativo, así como una relación de conexidad interna entre las distintas normas que la integren⁵⁵.

En este caso, el párrafo demandado sí guarda relación con el título que se refiere a las modificaciones en tema de donación de órganos, pero contraría el objetivo general de la norma. Esta ley busca que se amplíen las donaciones en Colombia en general, pero cuando se hace una prohibición injustificada sobre algún tipo de donación, se está yendo en contra del título general y de lo que busca la ley en su conjunto. En consecuencia, no hay conexidad interna entre el propósito de la ley y lo establecido en el párrafo 2° del artículo 2° de la Ley 1805 de 2016.

Como lo establece el artículo primero de la ley en mención, el objetivo de ésta es *“ampliar la presunción legal de donación de componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos”*. Sin embargo, cuando se establece una prohibición irrazonable sobre la donación de cierto tipo de órganos y tejidos, la presunción no se está ampliando sino por el contrario cerrando. En consecuencia, debería declararse la inconstitucionalidad del párrafo acusado por violación al principio de unidad de materia que tiene como fundamento el artículo 158 de la Constitución Política de 1991.

V. Aptitud sustantiva de la demanda

Consideramos que la argumentación de la demanda hace posible que el juez constitucional lleve a cabo un pronunciamiento de mérito respecto de los cargos esbozados. Ello en virtud a que los argumentos de la demanda cumplen con los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia, y suficiencia, creados por la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional⁵⁶, que tienen como propósito la construcción de una argumentación completa

⁵⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-054 de 2016, M.P: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-133 de 2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

⁵⁶ En providencias tales como: Corte Constitucional, Sentencia C-1052 de 2001, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa; Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2006, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil,

respecto de las razones por las cuales las normas demandadas son violatorias de disposiciones constitucionales.

En primer lugar, la demanda cumple con el requisito de claridad, en tanto el contenido de la acción de inconstitucionalidad es comprensible, pues existe un hilo conductor entre dicho contenido y las justificaciones para que el aparte acusado sea declarado inconstitucional. En segundo lugar, también se satisface el requisito de certeza, ya que la demanda recae sobre una proposición jurídica existente y real. En otras palabras, se plantea asertivamente una confrontación de distintos derechos y principios constitucionales –el derecho a la salud, el derecho a la igualdad, los derechos sexuales y reproductivos y el principio de unidad de materia–, con el párrafo 2 del artículo 2 de la Ley 1805 de 2016, por medio de la cual se modifica la Ley 73 de 1988 y la Ley 919 de 2004 en materia de donación de componentes anatómicos.

En tercer lugar, la demanda cumple con el requisito de especificidad al exponer una contradicción objetiva y verificable entre el artículo 2 de la Ley 1805 de 2016 y las normas de rango constitucional. La demanda indicó las tres formas en que el aparte demandado atenta contra el derecho a la salud. Así mismo, reflejó cómo el término “niño no nacido abortado” desconoce tanto los derechos reproductivos y sexuales, como el derecho a la igualdad. Por último, la demanda reflejó cómo la disposición acusada contradice el propósito de la ley en que se encuentra contenida, de manera que se presenta una transgresión al principio de unidad de materia.

En cuarto lugar, el requisito de pertinencia se satisface plenamente, pues los cargos presentados se tratan de reproches fundamentados en el contenido de normas constitucionales. Ahora, si bien se hizo referencia a la Ley 1571, debe recordarse que ésta compiló desarrollos jurisprudenciales que ya se habían hecho respecto del alcance del artículo 49 de la Constitución Política. Del mismo modo, la Corte Constitucional ya se ha pronunciado respecto de la posibilidad de que se demande la constitucionalidad de una norma con el contenido de una ley estatutaria.

Por último, la presente demanda cumple con el requisito de suficiencia. Ello en virtud de la exposición de los elementos necesarios para darle inicio al respectivo estudio de constitucionalidad de la norma. La presentación de argumentos jurídicos respecto a la posibilidad de que la norma sea inconstitucional se evidencian a través del contenido de la demanda, estos despiertan al menos una duda de constitucionalidad sobre el párrafo 2 del artículo 2 de la Ley 1508 de 2016.

Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas; Corte Constitucional, Sentencia C-474 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos; Corte Constitucional, Auto D-11801 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Clinica de Medio Ambiente y Salud Pública - MASP -

Facultad de Derecho - Universidad de los Andes

Carrera # 24 - 36, Piso 3

Tel: +57 (1) 329 4949 Ext. 3071

Bogotá - Colombia

clinicamasp@uniandes.edu.co

I Viglada MinEduación I Reconocimiento como Universidad: Decreto 1297 del 30 de mayo de 1964 I

I Reconocimiento personería jurídica: Resolución 28 del 23 de febrero de 1949 MinJusticia I

Por tanto, hay lugar a que la Corte Constitucional se pronuncie de mérito respecto de los cargos de inconstitucionalidad formulados en la demanda.

VI. Competencia de la Corte Constitucional y trámite:

La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda en virtud del numeral 4 del artículo 241 de la Constitución Política, el cual establece entre las funciones de la Corte, la de decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

Ahora bien, el trámite que debe seguir esta demanda es el señalado en el Decreto Ley 2067 de 1991 y las normas que la adicionen y complementen, así como las normas y actos administrativos que a la fecha se hayan proferido en relación con las demandas como la que se presenta.