



Referencia: Expediente D-11818

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 14 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*”.

Actora: Martha Yiniva Cabeza Caballero

Magistrada Ponente:
DIANA FAJARDO RIVERA

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las previstas en el artículo 241, numeral 4° de la Constitución Política, y cumplidos todos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente sentencia.

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241, numeral 4° de la Constitución Política, la demandante solicita a la Corte declarar inexecutable el artículo 14 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*”.

Mediante Auto de nueve (9) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), el Magistrado Sustanciador¹ dispuso admitir la demanda por considerar reunidos los requisitos previstos en el Decreto 2067 de 1991, corrió traslado al Procurador General de la Nación y comunicó el inicio del proceso al Presidente de la República y al Presidente del Congreso, a los ministros de Justicia y del Derecho, de Salud y Protección Social y de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

De igual forma, con el objeto de que emitieran concepto técnico sobre la demanda de la referencia, conforme a lo previsto en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991, invitó a participar en el proceso a las Facultades de Derecho de las Universidades Externado, Libre y Nacional de Colombia, Javeriana, Sergio Arboleda, de Los Andes, Eafit de Medellín, de Antioquia, del Atlántico, de

¹ El proceso fue inicialmente repartido al magistrado Luis Ernesto Vargas Silva.

Ibagué y del Rosario; así como a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a la Asociación Colombiana de Trasplantes, a la Fundación Donar Colombia y a la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral. Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

Al respecto, es importante precisar que la ponencia de este expediente fue discutida y votada en la sesión de la Sala Plena celebrada el 30 de mayo de 2017, pero al no obtener la mayoría requerida para su aprobación fue necesario designar como conjueza a Catalina Botero Marino.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el artículo impugnado

“LEY 1805 DE 2016

(Agosto 4)

Diario Oficial No. 49.955 de 4 de agosto de 2016

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

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 14. En aquellos casos en los cuales dos (2) personas en lista de espera de trasplante de órganos o tejidos sean médicamente compatibles y tengan el mismo nivel de gravedad, el órgano o tejido será trasplantado a la persona que hizo expresa su voluntad de ser donante de órganos y tejidos y se encuentre identificada como tal”.

III. LA DEMANDA

La actora considera que el artículo acusado contraviene los artículos 1, 2, 13, 16 y 18 de la Constitución Política, razón por la cual solicita que se declare la exequibilidad condicionada del fragmento “el órgano o tejido será trasplantado a la persona que hizo expresa su voluntad de ser donante de órganos y tejidos y se encuentre identificada como tal”, en el entendido que “el mismo impone un (sic) categórico que vulnera los derechos del pluralismo, la vida, la igualdad de trato de todos ante la ley, el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de conciencia.” Para sustentar el concepto de la violación plantea los siguientes cargos.

1. Con fundamento en la jurisprudencia constitucional, la demandante sostiene que, si bien la donación de órganos es fundamental para promover el principio constitucional de la solidaridad entre los habitantes, la Corte ha indicado que debe dársele prevalencia al pluralismo derivado de las opiniones filosóficas y religiosas sobre el tema de la donación de órganos. Este principio, estima, se ve conculcado por el artículo impugnado, por cuanto, a su juicio, el Legislador impone que todos los ciudadanos muestren su voluntad de donar órganos, pese a que ese deseo debe partir de la libertad de la persona.

Señala que, en virtud del artículo atacado, las personas harían expresa la intención de donar órganos y tejidos, no con fines altruistas, como en principio debe ser, sino coaccionadas por el ánimo de evitar que, de requerir un órgano en el futuro, *“tuviera menos prevalencia su vida”*. De este modo, considera que se menoscaban el carácter neutral *“que debe tener el Legislador y el Estado, con respecto al tema de la donación de órganos, ya que de una manera explícita a través de este artículo, el estado pretende homogeneizar a toda la población, en torno a la idea de que todos los colombianos deben donar órganos”*. Por lo mismo, se desconocería también la autonomía, las convicciones éticas, religiosas y filosóficas de las personas.

2. En segundo lugar, la demandante afirma que la norma objetada, por un lado, desconoce el deber estatal de proteger a todas las personas en su vida (Art. 2 C.P.), pues escoge entre la existencia de una persona sobre la otra, no obstante *“la misma Constitución reconoce que ambas son inviolables y tienen el mismo valor”* y, por otro lado, ignora la obligación de protección de los ciudadanos en sus creencias y libertades, pues la disposición los compele para que, con la intención de salvaguardar su propia vida, accedan a ser potenciales donantes de órganos, sin tener la posibilidad de tomar la decisión libre de hacerlo.

3. En tercer lugar, la actora considera que el artículo censurado menoscaba el derecho a la igualdad de trato ante la ley (Art. 13 C.P.), dado que no extiende la misma protección a las personas que no han hecho expresa su voluntad de donar órganos, respecto a aquellas que sí han exteriorizado esa intención. Con base en el test de igualdad fijado por la Corte, argumenta que la norma, si bien persigue el fin de estimular la cultura de la donación de órganos y tejidos, para aumentar la práctica y salvar la vida de muchas personas, objetivo, así mismo, ajustado al principio constitucional de solidaridad, la medida introducida no es proporcional ni razonable.

Considera que para lograr el fin de crear una cultura de la donación de órganos y tejidos no es necesario que el Legislador otorgue el derecho preferencial a acceder a ellos a quienes, a su vez, han hecho la manifestación de voluntad en el sentido de que serán donantes. Indica que el Estado cuenta con otras formas para promover entre los ciudadanos ese objetivo, sin recurrir al trato desigual y desproporcionado contenido en la disposición, la cual, al *“imponer como política de Estado el favorecimiento de una cultura de la donación, está actuando en contra y limitando derechos individuales fundamentales (...)”*

4. La demandante estima que, en tanto existen figuras como el consentimiento libre e informado, mediante el cual una persona exterioriza el deseo de donar sus órganos, y la oposición a la presunción legal de donación, que consulta el pluralismo religioso y filosófico, la norma acusada viola el libre desarrollo de la personalidad (Art. 16 C.P.). Sostiene que la norma condiciona la recepción de órganos y tejidos, por parte de quien los requiere, a su manifestación previa de que será también donante, con cual el Legislador oficializa una sola convicción “ideológica” e impone siempre a los individuos adoptar una decisión en ese sentido.

5. Por último, la demandante sostiene que la norma acusada infringe el derecho a la libertad, por cuanto desconoce que, conforme al artículo 18 de la Constitución, nadie puede ser molestado en razón de sus convicciones o creencias, compelido a relevarlas ni obligado a actuar contra su conciencia. Indica que la norma impugnada “*le dice a las personas*” que de no “*afiliarse*” a la idea de ser donantes, cuando requieran un órgano o tejido “*el beneficio le será desconocido y se le dará a quien sí hizo expresa la voluntad de ser donante*”, lo que implica que se les impone revelar su posición sobre el tema, pese a que el papel del Legislador solo es informar de manera neutral y permitir que los ciudadanos escojan la opción que, en conciencia, estimen adecuada.

IV. INTERVENCIONES

a. Intervenciones oficiales

1. Ministerio de Salud y Protección Social

El Ministerio de Salud y Protección Social, mediante apoderado judicial, solicita “*acceder a las pretensiones de la demanda declarando la exequibilidad condicionada de la disposición demandada*”.

Sostiene que si bien la donación y trasplante de componentes anatómicos es un tema álgido universalmente, una interpretación simple del artículo demandado, en principio, no vulnera derecho fundamental alguno en la medida en que solo está determinando un criterio para el otorgamiento de órganos. De esta manera, la norma reprochada simplemente establece la prevalencia del derecho a recibir un órgano o tejido de la persona que hubiese expresado su voluntad de ser donante y se encuentre identificado como tal.

Igualmente, argumentó que con la medida normativa no se está obligando a las personas para que se inscriban como donantes, pues esto es voluntario. También advierte que el Legislador no determinó una fórmula para establecer la persona que tiene derecho a ser trasplantada en situaciones en las que dos sujetos con casos medicamente iguales, que no se inscribieron como donantes o que, en su defecto, se hayan inscrito como tal, y solo exista un órgano o tejido disponible. El Ministerio señala que para atender la controversia planteada se deben tener en cuenta los precedentes jurisprudenciales

establecidos por esta Corporación en los que se ha aludido a la donación de órganos y tejidos en atención a los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia y el derecho a la igualdad, así como en relación con el derecho de los familiares a oponerse a la extracción de órganos del cuerpo del familiar fallecido.

Adicionalmente, argumenta que la norma objeto de cuestionamiento debe analizarse desde una perspectiva estricta ya que tiene que ver con la posibilidad de acceder a un servicio de salud en función de la condición de donante, lo que afecta la libertad de convicción de las personas. Estima que si bien la norma privilegia el altruismo, esta no puede sacrificar derechos fundamentales como la vida, la integridad física y la salud si se está en el mismo nivel de gravedad. En ese sentido, considera que existirían formas *menos agresivas* de propiciar la donación sin sacrificios tan grandes que tienen que ver con lo que las personas piensan de sí mismas, de su vida y de su tránsito hacia la muerte, y que hace parte de la esfera de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de conciencia.

El Ministerio sugiere que la norma examinada también afecta la igualdad, debido a que interfiere en las convicciones de las personas sobre su vida, el tránsito a la muerte y su cuerpo. En ese sentido, afirma que de alguna manera se estaría agravando la condición de objetor de conciencia al establecer el privilegio previsto en la norma, al igual que el principio de la diversidad étnica y cultural del Estado respecto de los pueblos en los que esta práctica rompe con su cosmovisión.

Finalmente, señala que la Ley 1751 de 2015, Estatutaria de Salud, es de superior jerarquía y consagra el principio de universalidad; y agrega que la norma resulta incongruente con la misma Ley 1805 de 2016, pues si se establece una presunción de donación, no es coherente que se privilegie a quien ha manifestado la voluntad de donar.

b. Intervenciones de instituciones académicas

2. Universidad Externado de Colombia y Academia Colombiana de Jurisprudencia

La Directora del Centro de Estudios de Genética y Derecho de la Universidad Externado de Colombia y representante de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Emilssen González de Cancino, intervino dentro del presente trámite para solicitar que se declare exequible el artículo acusado.

En primer lugar, hace referencia a la necesidad de estimular la donación de órganos y el establecimiento de criterios para el reparto de los mismos, problemas que considera le conciernen a la medicina y al Derecho. Asimismo, refiere que las medidas para superar uno u otro problema inciden directamente entre sí. En este sentido, asevera que entre las soluciones que existen se plantean dos extremos posibles. De un lado, el respeto total por la autonomía, de manera que existirá voluntad de donación cuando la misma sea

expresa, y, de otro lado, la consideración del cadáver como bien público con facultad de disposición por parte del Estado. Conforme a ello, entre aquellos extremos existen diversas soluciones y junto a ellas medidas para incentivar la donación.

Así, expone que la norma acusada contempla uno de esos incentivos, consistente en darle prioridad a la persona que expresamente manifiesta su voluntad de donar, solamente cuando se cumplen los supuestos fácticos: “*dos (2) personas en lista de espera de trasplante de órganos o tejidos sean médicamente compatibles y tengan el mismo nivel de gravedad*”.

Conforme con lo expuesto, cuestiona que tal prioridad sea óptima, en el entendido que pueden existir supuestos que no fueron contemplados en el artículo 14 de la Ley 1805 de 2016. La posible coexistencia de más de dos personas en las mismas condiciones normativa o la imposibilidad de hacer tal manifestación de quienes no son aptos para donar, como aquellas personas con diagnóstico positivo de VIH o hepatitis C.

Estima que si bien la norma que se estudia no niega la posibilidad de ser receptores de donaciones a quienes no hacen expresa su voluntad de donar, sí los ubica en lo que denomina *un grado de prioridad inferior* respecto de quienes sí expresan tal voluntad, sin tener en cuenta que la conducta omisiva puede resultar de un silencio involuntario por falta de información o analfabetismo, o por motivos fundados en el ejercicio de libertades constitucionalmente protegidas.

Afirma que si lo pretendido por el Legislador con el artículo 14 de la Ley 1805 de 2016 es estimular las donaciones, tal pretensión no guarda coherencia con la regla del consentimiento presunto contemplado en la misma Ley. Sumado a ello, concluye que la falta de un enfoque general y la distinción entre la finalidad de protección a la vida y la estimulación de donaciones, no asegura la protección de los derechos fundamentales como la vida, la igualdad y la libertad de conciencia.

La interviniente, finaliza solicitando subsidiariamente, la exequibilidad condicionada de la norma de manera que (i) al referirse a las personas que “*sean médicamente compatibles y tengan el mismo nivel de gravedad*”, se incluyan todos los criterios técnicos y científicos que contribuyan a una elección que asegure las más amplias posibilidades de éxito del trasplante; (ii) al establecer el artículo “*(...) el órgano o tejido será trasplantado a la persona que hizo expresa su voluntad de ser donante de órganos y tejidos y se encuentre identificada como tal*”, se incluya a quienes por diferentes razones, basadas en el contenido de derechos y libertades constitucionalmente protegidos, no hayan expresado dicha voluntad.

3. Universidad del Rosario

Lizeth Lorena Nova Orduz, integrante del Consultorio Jurídico de la Universidad del Rosario, presentó una intervención a la Corte, a través de la cual, solicitó la declaratoria de exequibilidad de la disposición acusada.

En primer lugar, resalta que existen mecanismos para asignar los turnos para la obtención de los componentes anatómicos y reconoce la importancia de los criterios establecidos para dicha asignación, los cuales deben atender el suministro de información y la observancia de la equidad y la transparencia.

De otro lado, refiere al deber del Estado de promocionar la donación de órganos y establece que ello se refleja en la Ley 1805 de 2016. Considera que es necesario incentivar a las personas para que manifiesten de manera expresa su voluntad de ser donantes. Así, explica que si bien el Estado no debe inmiscuirse en la decisión libre y autónoma de las personas, sí debe poner a disposición de las mismas la información completa y objetiva para que aquélla asuma su posición frente a la donación activa.

Por lo anterior, solicita a la Corte Constitucional declare la exequibilidad de la norma acusada, pues estima que la misma no vulnera derecho fundamental alguno y, contrariamente, promociona de manera neutra la donación de órganos y tejidos, incentivándola de forma libre e informada.

4. Universidad Libre

Jorge Kenneth Burbano Villamarín, Yoly Katherine Alvarado Camacho y Laura Melissa Posada Orjuela, Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional y estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, respectivamente, enviaron escrito a la Corte, a través del cual solicitaron la declaratoria de exequibilidad del artículo acusado.

Los intervinientes señalaron que la donación de órganos plantea problemas éticos, derivados del problema del consentimiento informado y respeto de la libertad de la decisión del donante. En el caso que hoy se estudia, la donación *post-mortem* y la falta de manifestación expresa de la voluntad por parte de la persona en vida, respecto de la importancia del papel de la decisión de los familiares para que proceda la extracción de órganos. Se argumenta que los problemas ético-médicos que suscita la donación de órganos cadavéricos están relacionados con el concepto de la muerte, si esta es cerebral o cardiovascular, respecto del avance científico para su determinación precisa, sobre lo cual existen serios debates. Lo anterior demuestra que la donación de órganos no constituye una cuestión ética y jurídica neutra, pues implica difíciles decisiones y discusiones morales, filosóficas, religiosas, sociológicas y antropológicas.

Por otro lado, manifiestan que es indispensable, para analizar la constitucionalidad de la norma, tener en cuenta que el derecho a la salud y el de la seguridad social son derechos prestacionales. Para su efectividad, requieren normas presupuestales, procedimientos y organización que favorecen la eficacia del servicio público y que sirven para mantener el

equilibrio del sistema. De igual manera, indican que tales derechos son protegidos a través del amparo constitucional.

En la intervención se alude a la exposición de motivos de la Ley, realizada en el Congreso de la República, en donde se enfatizó en la espera a la que se someten las personas que requieren de forma urgente un trasplante de órganos para garantizar su vida, salud, e integridad personal. Partiendo de lo anterior, el Legislador consideró la necesidad de adoptar medidas para promover de forma oportuna la donación de órganos. Siendo así, consideran que la norma persigue un fin legítimo, si se tiene en cuenta que resulta necesario para la promoción de la donación de órganos.

Por lo tanto, consideran que se debe determinar si la norma reprochada está en conflicto con el derecho a la libertad de conciencia, religión y creencias. Al respecto, sostienen, que, conforme a la jurisprudencia de esta Corporación², el núcleo esencial de la libertad religiosa constituye las posibilidades de dar testimonio externo sobre sus creencias siempre que quien lo efectúe no cercene ni amenace los derechos de otros, ni cause agravio a la comunidad. A partir de lo anterior, se señala que la norma no está impidiendo a quienes están en desacuerdo con la donación de órganos, según sus creencias religiosas, expresar libremente las mismas.

Sumado a ello, resaltan que el núcleo esencial de la libertad religiosa conlleva que quien lo ejerza no cercene ni amenace los derechos fundamentales de los otros que, para el caso, serían aquellas personas que están esperando la donación para salvar su vida. En ese sentido, se pone en evidencia la contradicción de quien por sus convicciones religiosas no desee efectuar la donación de órganos y sí recibir un trasplante cuando lo requiera, por encima de quienes solidariamente han dispuesto efectuar dicho procedimiento.

Finalmente, señalan que en atención a la protección del derecho a la vida, la ejecución del principio de solidaridad, la gravedad que atraviesan las personas que se encuentran a la espera de un trasplante de órganos y la carencia de los mismos en el país, el artículo 14 de la Ley 1805 de 2016 no es inconstitucional.

5. Universidad de Ibagué

Constanza Vargas Sanmiguel, Decana Encargada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué, intervino dentro del presente trámite para justificar la constitucionalidad de la norma acusada y solicitar que sea declarada exequible.

Manifiesta que con la expedición de la Ley 1805 de 2016, el Legislador tuvo el propósito de ampliar la presunción de legal de ser donante de órganos, tejidos y líquidos orgánicos para fines de trasplantes con el objetivo de

² Para tal fin, la intervención apoya su argumento en las sentencias T-493 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T-1083 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

atender la demanda de los colombianos que se encuentren a la espera de aquellos. Afirma que con esta práctica se puede salvar la vida de los colombianos que necesitan un trasplante de órganos o tejidos, sin importar su sexo, religión o condición económica, por ser un acto de solidaridad de la sociedad.

Igualmente, afirma que la norma no hace exclusiones para acceder en lista de espera al trasplante de órganos o tejidos a personas por su condición sexual, religiosa o económica. Infiere que solo establece que en caso de que haya dos personas en lista de espera y tengan el mismo nivel de gravedad médica, se preferirá para el tratamiento de trasplante a la persona que hizo expresa su voluntad de ser donante y se encuentre identificado como tal.

De conformidad con lo anterior, la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué, concluye que la norma demandada debe declararse *exequible*.

6. Universidad de Antioquia

Clemencia Uribe Restrepo, Decana de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, intervino para solicitar que la norma demandada sea declarada *condicionalmente exequible*.

En un principio, la interviniente refiere a que el derecho fundamental a la salud implica su protección integral y continúa según los principios derivados del bloque de constitucionalidad. En este sentido, manifiesta que el derecho a la salud comprende en su dimensión de servicio público la accesibilidad real, la disponibilidad cierta, la aceptabilidad y la calidad en su connotación de eficacia, eficiencia, efectividad y continuidad. Luego, agrega que a partir de la Ley 1751 de 2015, es claro que el derecho fundamental a la salud está basado en un concepto integral e integrador de la salud, en condiciones reales de vida digna y con calidad y, en la interdependencia con otros derechos, deberes y libertades. Dentro de estos últimos se encuentran el del libre desarrollo de la personalidad, la libertad de credo, expresión y de conciencia, entre otros. En ese sentido, concluye que el derecho fundamental a la salud, además de ser inherente a la persona humana, está relacionado directamente con el derecho a la igualdad, en términos formales y materiales ante la ley, y con el derecho a la vida.

Manifiesta que la normatividad general de un Estado Social busca la protección integral de la salud de cada persona sin más consideraciones que la de proteger de forma efectiva, integral, oportuna y con calidad a cada ser humano, en especial a los sujetos de especial protección constitucional. Siendo así, pone de presente que el derecho a ser trasplantado en forma oportuna, es inherente al derecho a la salud, y atañe directamente a la vida digna, la libertad y el derecho a la igualdad. Enfatiza en que es un derecho que no puede depender de formalismos o de requisitos ajenos al de querer ser trasplantados y menos aún de requisitos que puedan violar los derechos

fundamentales a la igualdad, a la libertad de conciencia y al del libre desarrollo de la personalidad.

De esta manera, sostiene que la exigencia para dirimir el derecho a ser trasplantado a partir de lo establecido en el artículo 14 de la Ley 1805 de 2016, es inconstitucional. Esto, no solo porque de alguna manera obliga a los pacientes a realizar un acto formal de expresar su voluntad de ser donante de órganos y tejidos, sino porque supedita el trasplante a aspectos de procedimiento que no tienen que ver con la patología de dichos pacientes y el requerimiento médico de la necesidad del trasplante.

Concluye que la exigencia de prestar el consentimiento de ser donante, conduce a requerimientos desproporcionados y sin justificación válida para decidir sobre un tema tan vital para los pacientes que requieren ser trasplantados. Al respecto, agrega que la prevalencia en la lista de espera para ser trasplantados podría ser un elemento adicional en la determinación médica para optar por una u otra decisión respecto de a quién se trasplanta o no. En ese sentido, sugiere que el artículo 14 de la Ley 1805 de 2016 debe declararse condicionalmente exequible, y que, por tanto, adhiere a la petición de la parte demandante en los términos por ella solicitados.

c. Intervención de asociaciones y gremios

7. Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral

Jaime Arias, Presidente Ejecutivo de la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral, envió un escrito de intervención a la Corte, mediante el cual defiende la constitucionalidad de la norma objeto de impugnación y solicita declarar su exequibilidad.

De manera preliminar, destaca la importancia de la donación de órganos para la salvaguarda de vidas y la mejora en las condiciones de salud de las personas. De esta manera, estima que en cabeza de los países está la creación de los mecanismos idóneos para su realización, en beneficio de la comunidad, respetando las diferencias entre los ciudadanos. Consecuentemente, reconoce el reto de saber actuar frente a la diferencia existente entre la demanda superior y la baja oferta de donantes, y cómo generar conciencia en las personas para que actúen de manera altruista sin afectar principios como el pluralismo y la libertad de creencias.

Considera que la norma acusada no está en contravía del pluralismo constitucional ni de la libertad de conciencia por cuanto no impone carga alguna. Contrario a ello, existe una reciprocidad basada en el principio de solidaridad para quien voluntariamente es donante. Encuentra que la norma es tan solo una solución a una situación médica compleja, en donde quien en principio expresó su solidaridad recibe un beneficio que responde a su actuar, sin que ello implique una discriminación religiosa, ética o filosófica; pues quienes por diferentes razones se niegan a la donación activa, son susceptibles de igual forma de la donación pasiva.

Luego de hacer referencia a datos estadísticos en donde se evidencia la fuerte demanda de donación de órganos y los bajos índices de donantes, expone que lo previsto en el artículo 14 de la Ley 1805 de 2016 es una de las formas válidas de inducir a la solidaridad y su consecuente apremio. Ello puede reflejarse en el aumento en la oferta de órganos, sin que se traduzca en una forma de vulnerar las creencias y libertades de quienes deciden libremente no donar.

Finalmente, señala que la interpretación que debe recibir la norma acusada debe ser conforme al deber del Estado de inducir, motivar o estimular la donación de órganos y tejidos en beneficio del interés general, sobre la base del principio de solidaridad, respetando la decisión libre y autónoma de quien se niega a la donación por cualquier motivo. A partir de lo anterior, solicita se declare la exequibilidad del artículo 14 de la Ley 1805 de 2016.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Mediante escrito radicado en esta Corporación en la oportunidad procesal correspondiente, el Procurador General de la Nación presentó el concepto previsto en los artículos 242-2 y 278-5 de la Constitución, mediante el cual ofreció argumentos para solicitar su exequibilidad.

Luego de exponer las disposiciones normativas y técnico-científicas sobre los modos y condiciones para definir los turnos de asignación de componentes anatómicos, el Ministerio Público plantea la necesidad de analizar la constitucionalidad del artículo 14 de la Ley 1805 de 2016, a la luz de un *juicio de racionalidad*, tal como lo ha diseñado este Tribunal constitucional.

Para ello, la Procuraduría indica que, como primera medida, se deben recoger los criterios jurisprudenciales sobre los *grados de intensidad* de los test de razonabilidad para así determinar el rango a emplear en el presente caso y proceder a su aplicación³.

De acuerdo con lo anterior, se señala que si bien en el presente caso la norma objeto de confrontación podría crear un *privilegio*, y por esta razón debería ser analizada bajo un test *estricto* de razonabilidad, lo cierto es que con la medida normativa no se está limitando derecho fundamental alguno, pues no se excluye o se restringe el acceso al derecho fundamental a la salud de los ciudadanos, sino que la norma únicamente establece un incentivo para que las personas se declaren como donantes. En ese sentido, la intensidad bajo la cual debe aplicarse el test es *intermedia*, pues se trata de un test más exigente que el *leve*, debido a que involucra elementos más complejos.

Continuando con el juicio de razonabilidad sobre la norma demandada, la Procuraduría señala que su *finalidad* es importante, legítima, permitida, aceptada e incluso promovida, si se tiene en cuenta el principio de solidaridad

³ Al respecto, el Ministerio Público acude a la Sentencia C-673 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

contemplado en el artículo 1º de la Constitución Política. Con lo anterior, manifiesta que se reafirma la legitimidad del *medio* escogido por el Legislador, debido a que permite hacer efectivo el precitado fin constitucional. Para ello, explica que el *medio* escogido por el Legislador fue el incentivo de priorizar el turno en una lista de espera para la asignación del trasplante, el cual, aduce, al mismo tiempo, resulta *legítimo*, en tanto se trata de un conducto *efectivo* para materializar el bien perseguido: la solidaridad entre los colombianos frente a la donación de órganos y tejidos.

Por otro lado, pone de presente que la norma acusada no excluye a quienes se autodenominen como no donantes, si se tiene en cuenta que no establece un criterio de sustracción para quienes así se declaren. Contario a ello, se instaura un incentivo para quienes decidan calificar como donantes. El Ministerio Público resalta que para resolver una situación de paridad entre derechos fundamentales se debe partir de la libertad de configuración legislativa. En presencia de igualdad de condiciones, ninguna solución resulta más gravosa que la otra, por esta razón no se desconocería el derecho a la igualdad. Entre tanto, al tratarse de un empate de derechos fundamentales, la Constitución no exige criterios adicionales de razonabilidad para resolver la situación, lo que faculta al Legislador para adoptar una solución.

En conclusión, el Ministerio Público indica que la norma en cuestión persigue una finalidad trascendente, legítima y permitida a través de un medio justificado y efectivamente conducente, cuyo objetivo no es la restricción de algún derecho fundamental. La norma tampoco regula eventos de exclusión de donación de órganos, sino que propone una solución a manera de incentivo a fin de resolver un eventual empate de derechos fundamentales de los receptores en igualdad de condiciones, esto es, aquellos que encontrándose en una misma lista de espera, revisten la misma calidad de potenciales donantes.

Finalmente, la Procuraduría considera que el artículo 14 de la Ley 1805 de 2016, no es contrario al principio-derecho a la igualdad, no impone obligaciones a personas para que opten por ser donantes para acceder a un trasplante, sino que promueve un incentivo legítimo y constitucionalmente permitido. Previo a solicitar la exequibilidad del artículo demandado, el concepto sugiere un criterio de priorización para el acceso al trasplante de órganos y que se otorgue un incentivo, como el de ser preferido en situaciones donde esté comprometida la vida, siendo una razón poderosa para despertar una solidaridad actual en pro de una solidaridad futura entre los colombianos.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

1. La Corte Constitucional es competente para resolver la demanda de la referencia, en los términos del artículo 241-4 C.P., puesto que se trata de la acción pública de inconstitucionalidad contra disposiciones contenida en una Ley de la República.

2. Presentación del caso, problema jurídico y esquema de la decisión

2. La Corte estudia la demanda presentada por la ciudadana Martha Yiniva Cabeza Caballero, estudiante del consultorio jurídico de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia –UPTC–, contra el artículo 14 de la Ley 1805 de 2016, que regula la posibilidad de dar prioridad en las listas de espera de donación de órganos, cuando al concurrir dos personas para el procedimiento de trasplante, una de ellas hubiere expresado su voluntad de ser donantes de órganos y otra no.

3. La accionante sostiene que la norma es inconstitucional por cinco razones: porque (i) contraría el principio de pluralismo jurídico (Art. 1º C.P.) debido a que la medida privilegia una cosmovisión sobre la donación de órganos y tejidos; (ii) desconoce el deber del Estado de proteger la vida de todas las personas por igual (Art. 2º C.P.); (iii) vulnera el principio de igualdad (Art. 13 C.P.) al privilegiar a un grupo de personas sin que exista una razón suficiente ni proporcional que lo justifique; (iv) obstruye el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad (Art. 16 C.P.) al imponer el deber de declararse como donantes de órganos frente al temor de perder prelación para recibir un trasplante; y finalmente, (v) afecta la libertad de conciencia (Art. 18 C.P.) al condicionar un beneficio que impacta en la vida de las personas a un asunto que es de su fuero interno.

4. Pese a esgrimir los anteriores argumentos de inconstitucionalidad, la demanda está encaminada a solicitar la declaratoria de exequibilidad condicionada de la disposición, debido a que una eventual expulsión de la norma del ordenamiento jurídico podría generar “*un vacío legal.*” En particular, la accionante solicita que la Corte condicione el segmento normativo que establece que “*el órgano o tejido será trasplantado a la persona que hizo expresa su voluntad de ser donante de órganos y tejidos y se encuentre identificada como tal*”, bajo el entendido que “*(...) el Estado en cabeza de instituciones como el Legislador o la honorable corte constitucional deben buscar formas de promocionar la donación de órganos de una manera neutral, donde las personas puedan escoger de manera libre e informada y donde se obligue a tomar partido a costa de algo tan valioso como es la vida de las personas que se encuentran sufriendo en una lista de espera o que alguna vez puedan estar inscritos allí.*”

5. En las intervenciones allegadas al proceso, varias de las universidades invitadas, así como la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral, la Academia Colombiana de Jurisprudencia y el Procurador General de la Nación, coincidieron en afirmar que la norma debe ser declarada exequible. Sostienen que el Legislador pretende, con énfasis en el principio de solidaridad, estimular la donación de órganos y tejidos, y que con esto no se desconoce la neutralidad que el Estado debe mantener en dicha materia, o el respeto de la igualdad o la libertad de conciencia o de cultos de las personas.

6. Otro grupo de intervinientes⁴ sostuvo que la norma debía ser declarada condicionalmente exequible. Afirman que el Legislador no estableció una fórmula para definir cuál persona tiene derecho al trasplante en situaciones en las que existan dos o más sujetos, en casos médicamente iguales. Argumentan que los precedentes jurisprudenciales en la materia señalan que el Estado debe asumir una posición neutra e imparcial en relación con la donación de órganos, en aras de respetar las diferentes concepciones sobre el tema. Y destacan, que el incentivo dispuesto por el Legislador termina por imponer una condición que obligaría a los pacientes a ser donantes, pues establece un privilegio, frente a la propia salud, que va en detrimento de las libertades de elección.

3. Cuestión previa: ineptitud sustantiva de la demanda

7. Es necesario determinar la aptitud sustantiva de la demanda, pues aunque el entonces magistrado sustanciador consideró preliminarmente que esta reunía los requisitos de admisibilidad, luego de la actuación procesal y la discusión en el pleno, la Corte se inhibirá para adoptar una decisión de fondo, pues considera que los cargos formulados incumplen con los requisitos para activar el estudio de constitucionalidad de la norma censurada.

8. A los fines anteriores⁵, debe recordarse que si bien en la fase de admisión se verifica que la demanda cumpla los requerimientos legales para ser estudiada (artículo 6° del Decreto 2067 de 1991), esta es apenas una primera evaluación sumaria de la impugnación que no compromete ni limita la competencia de la Sala Plena al conocer del proceso⁶. La Corte conserva la atribución de adelantar en la sentencia, una vez más, el respectivo análisis de procedibilidad, pues antes que nada le corresponde determinar si hay, o no, lugar a decidir de mérito el asunto y en relación con cuáles disposiciones o fragmentos. En este instante, además, la Sala cuenta *“con el apoyo de mayores elementos de juicio, puesto que aparte del contenido de la demanda, también dispondrá de la apreciación de los distintos intervinientes y el concepto del Ministerio Público, quienes, de acuerdo con el régimen legal aplicable al proceso de inconstitucionalidad, participan en el debate una vez admitida la demanda”*⁷.

9. De conformidad con el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, la demanda de inconstitucionalidad debe contener: (i) el señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas; (ii) el señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas; (iii) las razones por las

⁴ El Ministerio de Salud y Protección Social, la Universidad de Antioquia y como pretensión subsidiaria la Academia Colombiana de Jurisprudencia en compañía de la Universidad Externado de Colombia.

⁵ En este apartado se tomarán las consideraciones de la sentencia C-038 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera.

⁶ Sentencias C-1115 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-1300 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-074 de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-929 de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-623 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-1123 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-031 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁷ Sentencia C-623 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil, reiterada en la Sentencia C-031 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

cuales dichos textos se estiman violados; (iv) 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 (v) la razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda.

10. En concordancia con lo anterior, una de las exigencias de las demandas de inconstitucionalidad consiste en la formulación de uno o varios cargos contra las normas legales que se impugnan, por desconocimiento de las disposiciones constitucionales que se consideran infringidas. En este sentido, la Corte ha considerado que dichos cargos deben reunir ciertos requisitos para que se ajusten a la naturaleza normativa, abstracta y comparativa del control que realiza la Corte y permitan comprender el problema de transgresión constitucional que se propone. Este presupuesto ha sido sintetizado en la necesidad de que los cargos sean *claros, específicos, pertinentes, suficientes* y satisfagan la exigencia de *certeza*.

10.1. La *claridad* hace relación a que los argumentos sean determinados y comprensibles y permitan captar en qué sentido el texto que se controvierte infringe la Carta. Deben ser entendibles, no contradictorios, ilógicos ni anfibológicos.

10.2. Conforme la exigencia de la *certeza*, de una parte, se requiere que los cargos tengan por objeto un enunciado normativo perteneciente al ordenamiento jurídico e ir dirigidos a impugnar la disposición señalada en la demanda y, de la otra, que la norma sea susceptible de inferirse del enunciado acusado y no constituir el producto de una construcción exclusivamente subjetiva, con base en presunciones, conjeturas o sospechas del actor.

10.3. La *especificidad* de los cargos supone concreción y puntualidad en la censura, es decir, la demostración de que el enunciado normativo exhibe un problema de validez constitucional y la explicación de la manera en que esa consecuencia le es atribuible.

10.4. Es necesario que los cargos sean también *pertinentes* y, por lo tanto, que planteen un juicio de contradicción normativa entre una disposición legal y una de jerarquía constitucional y que el razonamiento que funda la presunta inconstitucionalidad sea de relevancia constitucional, no legal, doctrinal, político o moral. Tampoco el cargo es pertinente si el argumento en que se sostiene se basa en hipótesis acerca de situaciones de hecho, reales o de eventual ocurrencia, o ejemplos en los que podría ser o es aplicada la disposición.

10.5. Por último, la *suficiencia* implica que la demostración de los cargos contenga un mínimo desarrollo, en orden a demostrar la inconstitucionalidad que se le imputa al texto demandado. El cargo debe proporcionar razones, por lo menos básicas, que logren poner en entredicho la presunción de constitucionalidad de las leyes, derivada del principio democrático, que justifique llevar a cabo un control jurídico sobre el resultado del acto político

del Legislador⁸. En los anteriores términos, es indispensable que la demanda de inconstitucionalidad satisfaga las mencionadas exigencias mínimas, para que puede ser emitido un pronunciamiento de fondo. En caso contrario, no poseerá aptitud sustantiva y la Corte deberá declararse inhibida para fallar.

11. En el presente asunto, la accionante alega que la norma demandada es inconstitucional porque vulnera diferentes disposiciones de la Constitución: i) el principio de pluralismo jurídico (Art. 1º C.P.) debido a que la medida privilegia una cosmovisión sobre la donación de órganos y tejidos; ii) el deber del Estado de proteger la vida de todas las personas por igual (Art. 2º C.P.), en tanto se incluye una medida que resguarda la vida, la salud y la integridad física de unos ciudadanos respecto de otros; iii) el principio de igualdad (Art. 13 C.P.) al privilegiar a un grupo de personas sin que exista una razón suficiente ni proporcional que lo justifique; iv) el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad (Art. 16 C.P.) al imponer el deber de declararse como donantes de órganos frente al temor de perder prelación para recibir un trasplante; y v) la libertad de conciencia (Art. 18 C.P.) al constreñir las decisiones de las personas a través de un beneficio que puede afectar su vida e integridad personal.

12. La Corte identifica la falta de certeza en la formulación de los cargos a partir de la lectura descontextualizada del artículo 14 de la Ley 1805 de 2016. Esto, comoquiera que la misma Ley incluyó una presunción legal, con base en la cual, por regla general todos los ciudadanos son donantes, salvo que se manifieste expresamente lo contrario. En efecto, el artículo 3º de la Ley 1805 de 2016, que modifica el artículo 2º de la Ley 73 de 1988, dispone que “[s]e presume que se es donante cuando una persona durante su vida se ha abstenido de ejercer el derecho que tiene a oponerse a que de su cuerpo se extraigan órganos, tejidos o componentes anatómicos después de su fallecimiento.” Por consiguiente, el nuevo esquema normativo ordena que todos los ciudadanos son, ahora, donantes -salvo que en cada caso concreto se exprese lo contrario-.

13. En tal sentido, el dilema planteado en la demanda sobre la afectación de los ciudadanos para decidir libremente, sin menoscabo de su conciencia ni en detrimento del pluralismo jurídico tiene sustento en una lectura aislada de la norma acusada. De acuerdo con la Ley 1805 no es necesario hacer una manifestación expresa para ser donante sino para oponerse a tal condición, por lo cual no se requiere la identificación como donante de que habla el precepto acusado, y que según la demanda implicaría una injerencia del Estado en la voluntad de las personas para adoptar tal decisión.

14. De otra parte, la demanda limita el alcance que tiene la lista de espera en el contexto de la donación de órganos. Al respecto, la Sala observa que para determinar la asignación de los componentes anatómicos se ha dispuesto de un mecanismo objetivo, la *lista de espera*, la cual establece la relación de

⁸ Una explicación amplia de las exigencias que deben cumplir los cargos puede encontrarse en la Sentencia C-1052 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

receptores potenciales, es decir, de pacientes que se encuentran pendientes por ser trasplantados o implantados a quienes se les ha efectuado el protocolo pertinente para el trasplante o implante.⁹ La elaboración de la lista se realiza de acuerdo a estrictos criterios técnico-científicos que permiten definir, entre otras cosas, la gravedad del estado de salud del receptor, así como la compatibilidad de este con el donador, por lo cual, el orden en el que se acceda a la lista de espera no es el único aspecto relevante a examinar. En consecuencia, carece de certeza que la demanda descalifique la lista de espera como un mecanismo concreto y objetivo que prima en la asignación de órganos.

15. Por otra parte, los cargos formulados tampoco cumplen con los requisitos de especificidad ni suficiencia. En este sentido, no se demuestra una oposición objetiva entre la disposición legal demandada y las normas constitucionales invocadas como desconocidas, pues la medida dispuesta en el artículo 14 de la Ley 1805 de 2016 presuntamente vulnera el principio de libertad, autonomía y conciencia, al condicionar la decisión de las personas de donar sus órganos y tejidos, al hecho de ser preferido en una eventual situación de trasplante, sin tener en cuenta, como se mencionó, que la legislación vigente establece la presunción de donación para todas las personas -salvo que se exprese lo contrario-.

16. Tampoco se cumple con el requisito de suficiencia para desvirtuar la presunción de constitucionalidad del artículo 14 de la Ley 1805 de 2016, bajo el argumento que se vulnera su libertad de elegir. Como se mencionó la donación de órganos no se elige sino que se presume, y por lo tanto, los artículos constitucionales mencionados por la demanda como desconocidos involucran una afectación de la libertad religiosa y de conciencia que no ha logrado ser fundamentada.

17. Lo que parecería que cuestiona la demanda, sería entonces, la decisión del Legislador de presunción de donación de órganos, tejidos y componentes anatómicos en tanto se alega la imposición de la condición de donante como violatoria del libre desarrollo de la personalidad y libertad de conciencia. No obstante, la disposición censurada no contiene la presunción legal de donación, y como se advirtió, no puede leerse sin tener en cuenta el mandato general que señala que solo con una manifestación expresa se puede excluir de ser potencialmente un donante.

18. Por último, para la Corte la demanda no cumple con la carga mínima exigida por la jurisprudencia constitucional para formular un cargo por violación del derecho a la igualdad, esto es: i) indicar los grupos involucrados o situaciones comparables; ii) el presunto trato discriminatorio introducido por la disposición acusada; y iii) la razón por la cual el trato diferenciado carece de justificación constitucional.

⁹ Artículo 2º, Decreto 2463 de 2004.

19. En conclusión, el incumplimiento de los requisitos de certeza, especificidad y suficiencia en la formulación de los cargos implican un pronunciamiento de inhibición para emitir pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad del artículo 14 de la Ley 1805 de 2016.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- Levantar la suspensión de términos decretada dentro del presente proceso mediante el Auto 305 de 21 de junio de 2017.

SEGUNDO.- Declararse INHIBIDA para emitir pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad del artículo 14 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.”

Notifíquese, comuníquese, publíquese, cúmplase y archívese el expediente.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Presidente

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado

CATALINA BOTERO MARINO
Conjueza

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada (P)

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada
Impedimento aceptado

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO
Magistrada
Con salvamento de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado
Con salvamento de voto

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General