

Sentencia C-294/19

Referencia: expediente D-12533

Demanda de inconstitucionalidad contra el párrafo 2° del artículo 2° de la Ley 1805 de 2016, que modificó el párrafo del artículo 540 de la Ley 9 de 1979, a la vez reformado por el artículo 1° de la Ley 73 de 1988.

Accionante: Daniela García Aguirre

Magistrado Ponente:
JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de junio de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, una vez cumplidos los requisitos y trámites establecidos en el Decreto ley 2067 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de inconstitucionalidad las ciudadanas¹ Daniela García Aguirre y otra² demandaron el párrafo 2° del artículo 2° de la Ley 1805 de 2016. Por auto de 06 de febrero de 2018 se admitió la demanda i) ordenando la comunicación al presidente del Congreso, al Presidente de la República y al Ministro de Salud; ii) invitando al Instituto Nacional de Salud, a la Federación Colombiana de Municipios, a la Comisión Colombiana de Juristas, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Instituto Colombiano de Derecho Procesal, a Dejusticia, a la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, a la Federación Colombiana de Obstetricia y Ginecología, a la Asociación Colombiana de Trasplante de Órganos, a la Asociación Nacional de Trasplantados, a la Fundación Nacional de Trasplantados y a las facultades de derecho de las universidades de los Andes, de Caldas, de la Sabana, Externado, Javeriana, Nacional y Libre, y de medicina de los Andes, del Valle,

¹ Además son integrantes de la Clínica Jurídica de Medio Ambiente y Salud Pública (MASP) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

² Por auto de 09 de mayo de 2018 el despacho sustanciador dispuso la supresión de los nombres y apellidos de la otra accionante, y guardar estricta reserva de su identidad conforme fue solicitado y coadyuvado por el director de la Clínica Jurídica de MASP, fundamentado en sí *“algunos sujetos involucrados en el debate (...) realizan una exposición mediática desproporcionada y agravante contra las demandantes y contra la misma clínica MASP”*.

de Antioquia, de la Sabana, del Rosario, Icesi, Javeriana y Nacional; iii) disponiendo la intervención ciudadana y traslado al Procurador; y iv) suspendiendo el trámite del asunto en virtud del procedimiento legislativo especial para la paz.

Por auto de 10 de mayo de 2018 el magistrado sustanciador decretó la práctica de pruebas adicionales solicitando la colaboración de la Asociación Médica Mundial, la Sociedad de Trasplante de América Latina y el Caribe, la Organización Nacional de Trasplantes España, del Comité de Bioética del INCUCAI Argentina, de Human Developmental Biology Resource, The Center for Bioethics & Human Dignity, International Federation of Gynecology and Obstetrics, Vall D'Hebron Instituto de Investigación Barcelona y Donation & Trasplantation Institute, para que emitieran concepto técnico sobre el asunto.

Posteriormente³, en auto de 10 de octubre se solicitó al Grupo de Investigación Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Universidad del País Vasco, Carlos María Romeo Casabona, concepto o *Amicus Curiae* en el asunto, el cual quedaría a disposición de los intervinientes y del Procurador⁴. Finalmente, el 12 de diciembre de 2018 la Sala Plena requirió el concepto técnico solicitado en proveído de 10 de mayo, así como pidió a la Red Nacional de Donación y Trasplante de Órganos y Tejidos del Instituto Nacional de Salud allegar concepto sobre el asunto de la referencia, disponiendo la suspensión de términos para resolver el asunto.

II. TEXTO LEGAL PARCIALMENTE ACUSADO

A continuación, la Corte procede a resaltar lo impugnado:

“Ley 1805 de 2016⁵

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

³ En auto de 25 de julio de 2018 la Sala Plena levantó la suspensión de términos.

⁴ Según informe de Secretaría General de la Corte (29 nov./18), en el término de traslado no se recibió escrito alguno.

⁵ Diario Oficial No. 49.955 de 4 de agosto de 2016.

Artículo 540. Parágrafo 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." Lo destacado es lo acusado.

III. LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD

Estima que el parágrafo adicionado vulnera los artículos 49, 13 y 158 de la Constitución, y los derechos reproductivos reconocidos por la jurisprudencia constitucional.

Vulneración del derecho a la salud (progresividad, dimensión negativa e investigación científica)

1. Concentra su argumentación en la afectación del derecho a la salud⁶ al menos en tres formas: i) desarrolla una medida regresiva lo que *prima facie* ha sido prohibido por la jurisprudencia de la Corte y por la ley estatutaria en salud 1751 de 2015; ii) desconoce la obligación del Estado de abstenerse de llevar a cabo conductas que afecten el derecho a la salud; y iii) establece una orden contraria a la investigación médica y/o científica, violando un elemento esencial del derecho a la salud, que se establece en el apartado d) del artículo 6⁷ de la Ley 1751.

Empieza con una exposición general para señalar que la donación de órganos o tejidos en Colombia y en el mundo, resulta fundamental para el tratamiento de enfermedades, precisando que existe una variedad de ellos que podrían ser donados y trasplantados. A nivel de órganos identifica el corazón, los pulmones, el hígado, los riñones, el intestino y el páncreas, mientras que los tejidos que pueden trasplantarse son las córneas, la piel, los huesos, la médula ósea, los vasos sanguíneos, las válvulas cardiacas, los cartílagos, los tendones, la esclera y la membrana amniótica⁸.

Así mismo, trae a colación datos de donación y trasplante de órganos en Colombia (2016)⁹: 2.556 personas estuvieron en lista de espera de un órgano; 1.068 personas recibieron un órgano (riñón, corazón, hígado, etc.), obtenidos en un 84.45% de donantes cadavéricos (902 órganos) y en un 15.54% de

⁶ Alude a su carácter de derecho fundamental, a los elementos esenciales (disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y calidad e idoneidad profesional), y a las obligaciones de hacer y no hacer (arts. 2º, 5 y 6º, Ley 1751/15).

⁷ Elementos esenciales e interrelacionados del derecho a la salud: calidad e idoneidad profesional.

⁸ Preguntas frecuentes sobre donación de órganos. Ver, www.minsalud.gov.co

⁹ Instituto Nacional de Salud (INS). www.ins.gov.co

donantes vivos (166 órganos); y distribuidos 12.374 tejidos *humanos*¹⁰: 1.900 tejidos oculares, 683 injertos de piel, 59 tejidos vasculares, 414 tejidos de membrana amniótica y 11.208 tejidos musculares¹¹. Anota que la donación de tejidos fetales también es fundamental para la investigación en salud, toda vez que *“se han logrado avances significativos en investigaciones biomédicas”* y *“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”*.

Observa que la Asociación Americana de Escuelas de Medicina (AAMC)¹² estableció (2016)¹³ que los tejidos fetales son esenciales para el tratamiento e investigación médica de enfermedades como el cáncer de seno, el Parkinson, la diabetes, entre otros, encontrando que los sistemas legislativos y políticos del mundo deben permitir la donación de estos tejidos¹⁴. Ello le lleva a sostener que la donación de tejidos fetales es fundamental para el desarrollo tecnológico y biotecnológico de cualquier país, trayendo a colación a la Corte Europea de Derechos Humanos en la sentencia *Oliver Brüstle vs. Greenpeace*¹⁵.

Explica que la donación de tejidos fetales tiene una relevancia que no se agota en la posibilidad de que una persona reciba un trasplante, sino que se extienda a la investigación científica y a los avances médicos. Por tales razones asegura que el mandato de prohibir la donación de tejidos fetales afecta desproporcionadamente el derecho a la salud de los colombianos.

Sostiene que el párrafo cuestionado **contraría el principio de progresividad** al impedir una situación jurídica que antes no se encontraba prohibida y que permitía garantizar el ejercicio del derecho a la salud mediante la obtención directa de dichos órganos o tejidos fetales, o de la investigación científica a través de los mismos. Advierte que se estaría generando un retroceso en el nivel de protección alcanzado toda vez que no existía tal prohibición. Bajo la jurisprudencia constitucional¹⁶ afirmó que *“el legislador debe justificar adecuadamente cualquier norma que pondere el principio de*

¹⁰ En auto de 15 de marzo de 2018 el despacho sustanciador dispuso tener en cuenta y dejar a disposición en el expediente la precisión realizada por la accionante consistente en que las cifras del Instituto Nacional de Salud de que fueron distribuidos 12.374 tejidos “fetales” corresponden realmente a “humanos”.

¹¹ Expresa que se ha 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.”* García Fernández, D. 2011. Marco jurídico de trasplantes de órganos y tejidos fetales en México y en Colombia. Ambiente jurídico. Centro de Investigaciones Sociojurídicas. Universidad Anáhuac, México Norte. Pp. 35-40.

¹² Hacen parte más de 50 universidades e instituciones médicas reconocidas.

¹³ Comunicado de 18 de marzo. www.aamc.org

¹⁴ Evidencia que el Instituto de Células Madre de la Universidad de Harvard encontró en 2014 que las células fetales que producen dopamina que fueron trasplantadas en cerebros de pacientes con Parkinson permanecieron saludables por 14 años, lo cual estima como un descubrimiento excepcional para el tratamiento de esta enfermedad que actualmente aqueja a más de 220.000 colombianos.

¹⁵ Dicha Corporación expuso que ese tipo de invenciones debería ser considerada como herramientas para alcanzar avances tecnológicos en una sociedad derivando que debe existir una protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, además de establecer unas directrices que permitan su realización de manera ética y segura, determinando que aunque debe haber un cuidado especial en tales investigaciones es posible llevarlas a cabo. Cfr. CEDH. 18 de octubre de 2011. <http://curiae.europa.eu>

¹⁶ Al aludir a la sentencia T-760 de 2008 destacó que cuando el legislador adopta una medida que produzca una disminución en el nivel de protección alcanzado tiene un deber de justificación conforme al principio de proporcionalidad.

*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 Rodrigo Lara Restrepo*¹⁷. Asegura que la única explicación fue que se quería evitar la venta de tejidos fetales y el escándalo generado en los Estados Unidos¹⁸. De esta manera, entiende que más allá de la manifestación informal y poco rigurosa (cataloga de insuficiente), no se produjo ninguna justificación para la inclusión del aparte acusado.

También halla desconocida la **obligación del Estado de abstenerse** (dimensión negativa) de llevar a cabo conductas que afecten el derecho a la salud, dado que se deterioran dos de los elementos que requiere para garantizar su prestación suficiente y eficiente: *“el acceso a tejidos que le permitirían a otra persona vivir dignamente y el derecho de la investigación científica que permitiría salvaguardar en el futuro una protección más adecuada al derecho en mención”*. De este modo, expone que se atenta directamente contra el elemento esencial del derecho a la salud como es la *disponibilidad*, puesto que el Estado mismo no permite que se acceda a los objetos biológicos necesarios tanto para gozar de una vida digna por los receptores de órganos o tejidos fetales, como para desarrollar la tecnología suficiente a los que tienen derecho los destinatarios de la salud.

Por último, indica que el parágrafo acusado establece **una orden contraria a la investigación médica y/o científica**. Como derechos relacionados con la prestación del servicio de salud expone los literales a)¹⁹ e i)²⁰ del artículo 10²¹ de la Ley 1751 de 2015, derivando que para recibir dicha tecnología los médicos y científicos deben contar con las herramientas necesarias para investigar y desarrollar procesos más innovadores. Informa que el legislador estatutario quiso unir el derecho a la salud con el derecho humano a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, consagrado en disposiciones nacionales e internacionales, como el artículo 27²² de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 15 numerales 1 literal b)²³, 2,²⁴ 3²⁵ y 4²⁶ del Pacto Internacional de Derechos Económicos,

¹⁷ Gaceta del Congreso 489 de 2014, proyecto de ley 091 de 2014 Cámara.

¹⁸ Gaceta del Congreso 91 de 2016, proyecto de ley 093 de 2015 Senado.

¹⁹ A acceder a los servicios y tecnología de salud, que le garanticen una atención integral, oportuna y de alta calidad.

²⁰ A la provisión y acceso oportuno a las tecnologías y a los medicamentos requeridos.

²¹ Derechos y deberes de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud.

²² 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.

²³ Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones.

²⁴ Es obligación de los Estados parte promover la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y la cultura.

²⁵ Respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

²⁶ Reconocer los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

Sociales y Culturales; y el artículo 38²⁷ de la Carta de la Organización de los Estados Americanos²⁸.

Creación de un término ambiguo o inexistente que vulnera los derechos a la igualdad y reproductivos

2. Estima que la **ambigüedad e 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 materia de definición científica explica que atendiendo el significado del DANE sobre defunción fetal²⁹ es posible distinguir las muertes fetales de las neonatales, separando los abortos y los mortinatos. Destaca la diferencia entre el procedimiento de aborto (primeras 22 semanas) y la interrupción voluntaria del embarazo (sin límite temporal).

En cuanto a la definición jurídica y jurisprudencial manifiesta que la categoría de “niños no nacidos abortados” va en contra del reconocimiento jurídico que se le ha dado al feto en Colombia. Luego de traer a colación la sentencia C-355 de 2006³⁰ y el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica (2012)*³¹, desprende que la categoría establecida *“no solo 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 (...) 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”*.

A continuación, esboza los presuntos efectos nocivos que la ambigüedad del término tiene sobre el derecho a la igualdad y los derechos reproductivos. A partir del artículo 15³² de la Ley 1805 de 2016 (nacidos) y lo dispuesto en el párrafo demandado (no nacidos) desprende un **trato discriminatorio** al ofrecer una mayor protección al *nasciturus* que al niño, a pesar de las decisiones proferidas por la Corte Constitucional y la Corte IDH. Argumenta

²⁷ 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.

²⁸ Puso de presente lo señalado por la Relatora Especial para los Derechos Culturales de las Naciones Unidas (2012) respecto del derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones. <https://documents-dds-ny.un.org/doc>

²⁹ *“La muerte de un producto de la concepción, antes de su expulsión o extracción 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.”* Normas e instrucciones sobre la codificación de la mortalidad fetal y neonatal. 2017. www.valledelcauca.gov.co

³⁰ Se explica que la protección de la vida del *nasciturus* no puede equipararse al derecho a la vida del nacido (persona). Protección no es en el mismo grado e intensidad.

³¹ Se informa que el embrión no puede ser entendido como persona y su protección es gradual e incremental.

³² *“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.”*

que los padres de los niños que nacieron pueden decidir sobre la donación de órganos o tejidos, mientras que los padres del *nasciturus* no pueden tomar dicha decisión, asumiendo el Congreso una postura absoluta respecto de los tejidos fetales al no poder decidir el destino del material biológico. Además, carece de sentido, pues los padres pueden verse sometidos a uno de los dos ámbitos de aplicación de la Ley 1805 de 2016 antes situaciones diferenciadas por minutos³³. Así colige la existencia de un trato discriminatorio entre los padres del *nasciturus* y de los neonatales, por cuanto los últimos podrán decidir el destino de los órganos o tejidos de sus hijos, mientras que los primeros no podrán hacerlo frente al *nasciturus*.

De igual manera, encuentra que la ambigüedad del término “niño no nacido abortado” **vulnera la garantía del derecho reproductivo a acceder a los servicios de salud**, específicamente a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) de forma segura. Ello lo hace radicar 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. (...) 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 solo para regular asuntos de donación, sino para establecer el momento en que puede practicarse la interrupción voluntaria del embarazo”*.

Vulneración del principio de unidad de materia

3. Expone que se presenta un vicio formal, ya que la Corte ha destacado que debe existir una correspondencia lógica entre el título y el contenido normativo, así como una relación de conexidad interna entre las distintas normas que la integran. En este asunto, indica que el párrafo acusado guarda relación con el título que se refiere a las modificaciones en materia de donación de órganos, pero contraría el objetivo general de la ley que busca ampliar las donaciones en Colombia y no establecer prohibiciones injustificadas sobre algún tipo de donación.

Enfatiza que *“se está yendo en contra del título en general y de lo que busca la ley en su conjunto”*, desprendiendo que no existe conexidad interna entre el propósito de la ley y el párrafo 2° del artículo 2° de la Ley 1805 de 2016. Anota que el artículo 1° estipula como objetivo 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 no se estaría ampliando la presunción sino cerrando, por lo que debe declararse la inexecutable.

³³ Explica que 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 que los padres de un niño que nació pero murió en el primer minuto de vida sí pueden tomar la decisión de donación.

IV. INTERVENCIONES, *AMICUS CURIAE* Y CONCEPTOS

A continuación, se reseña de manera esquemática las distintas intervenciones realizadas en el presente asunto (ciudadanía, autoridades, Procuraduría, expertos técnicos y academia), que se organizan inicialmente a partir de las posturas asumidas, las cuales finalmente se desarrollaran para su comprensión cabal en el ANEXO 1.

Intervenciones, <i>amicus curiae</i> y conceptos	Solicitudes
Senadora María del Rosario Guerra de la Espriella	Exequibilidad
Fundación Nacional de Trasplantados	Exequibilidad
Instituto Colombiano de Derecho Procesal	Exequibilidad
Fundación de Católicos de Colombia Solidaridad	Exequibilidad
Movimiento Vida por Colombia	Exequibilidad
Universidad del Rosario	Exequibilidad
Universidad de La Sabana	Exequibilidad
Universidad ICESI ³⁴	Exequibilidad
Academia Colombiana de Jurisprudencia	Exequibilidad condicionada
Ministerio de Salud y Protección Social	Inexequibilidad
La Mesa por la Vida y la Salud de las mujeres	Inexequibilidad
Federación Colombiana de Municipios	Inexequibilidad
Universidad Externado de Colombia ³⁵	Inexequibilidad
Universidad Nacional de Colombia ³⁶	Inexequibilidad
Universidad del Valle ³⁷	Inexequibilidad
Universidad de los Andes ³⁸	Inexequibilidad
Universidad de los Andes ³⁹	Inexequibilidad
Universidad de los Andes ⁴⁰	Inexequibilidad
<i>Amicus curiae</i> Universidad Nacional de Buenos Aires ⁴¹	Inexequibilidad ⁴²
<i>Amicus curiae</i> Carlos María Romeo Casabona	Inexequibilidad ⁴³
Ministerio de Salud y Desarrollo Social Presidencia de la Nación, Buenos Aires ⁴⁴	Inexequibilidad ⁴⁵
Instituto Nacional de Salud de Colombia	Inexequibilidad

³⁴ Coordinación de postgrado en cirugía de trasplantes de órganos abdominales.

³⁵ Centro de Estudios sobre Genética y Derecho.

³⁶ Departamento de Morfología.

³⁷ Departamento de Ginecología y Obstetricia.

³⁸ Facultad de Derecho, Programa de Acción por Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS).

³⁹ Facultad de Medicina, Salud Pública.

⁴⁰ Facultad de Medicina, Grupo de Investigación en Anatomía para la Educación.

⁴¹ Facultad de Derecho, Centro de Estudios Legales y Sociales CELS.

⁴² En esta pretensión centra esencialmente su argumentación.

⁴³ En esta pretensión centra esencialmente su argumentación.

⁴⁴ INCUCAI Comité de Bioética.

⁴⁵ En esta pretensión centra esencialmente su argumentación.

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Organización Nacional de Trasplantes, España	Sin solicitud alguna
Universidad de Granada, España ⁴⁶	Sin solicitud alguna
Fundación Nacional de Trasplantados, Fundación de Católicos de Colombia Solidaridad, Universidad del Rosario y Universidad de La Sabana	Inhibición
Procuraduría (concepto)	Exequibilidad respecto a prohibición de regresividad en salud, igualdad y unidad de materia Inhibición en cuanto a derechos sexuales y reproductivos. deber de abstención del Estado en salud y orden contraria a la investigación médica.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. La Corte es competente para conocer del presente asunto, por cuanto la preceptiva acusada hace parte de una ley de la República, de conformidad con las competencias establecidas por el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución.

Aptitud sustantiva de la demanda y determinación del problema jurídico

2. Aun cuando la mayoría de las intervenciones y el concepto del Procurador reclaman esencialmente un pronunciamiento de fondo, varios de ellos⁴⁷ solicitan que la Corte se inhíba sobre algunos de los presuntos cargos de inconstitucionalidad. Esta Corporación ha determinado, en términos del artículo 40.6 de la Constitución, que todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, pudiendo interponer acciones públicas en defensa de la Constitución. Ello permite caracterizar la acción de inconstitucionalidad como una herramienta de *naturaleza pública e informal*, que abandona los excesivos formalismos técnicos o rigorismos procesales en virtud de la prevalencia del derecho sustancial y del interés general⁴⁸.

⁴⁶ Facultad de Filosofía.

⁴⁷ Intervenciones de la Fundación Nacional de Trasplantados, Fundación de Católicos de Colombia Solidaridad, universidad del Rosario y universidad de La Sabana, y el Procurador General de la Nación.

⁴⁸ Artículos 1º y 228 superiores.

Empero, la presentación de tal acción no está exenta del cumplimiento de unos requerimientos mínimos⁴⁹ que exigen expresar las razones por las cuales se estima violado el texto constitucional⁵⁰. De ahí que la acusación debe: i) ser suficientemente comprensible (clara); ii) recaer verdaderamente sobre el contenido normativo acusado (cierta); iii) mostrar la manera cómo la disposición legal vulnera la Carta Política (especificidad); iv) exponer argumentos de naturaleza constitucional y no legales ni doctrinarios (pertinencia); y v) suscitar una duda mínima en la pretensión de desvirtuar la presunción de constitucionalidad (suficiencia)⁵¹. De igual modo, el Tribunal al verificar el cumplimiento de la carga mínima argumentación no puede llegar al punto de hacer nugatorio el derecho fundamental a interponer acciones públicas en defensa de la Constitución. Por consiguiente, el análisis de los requisitos de la demanda debe atender el principio *pro actione* de tal manera que ante una *duda* se debe resolver a favor de la habilitación (regla general) y no de la inhibición (excepción)⁵².

En el presente asunto, aunque algunas de las peticiones de inhibición no fueron suficientemente sustentadas y otras terminan por suplir el debate constitucional⁵³, se procederá a estudiarlas en su conjunto en orden a determinar la procedencia de una decisión de fondo.

Tratándose de la acusación por violación del *derecho a la salud*, particularmente del *principio de progresividad* en el componente de investigación médica y/o científica (disponibilidad), se alega una regresividad normativa y jurisprudencial dado que el legislador, con la medida adoptada de prohibición de donación y utilización de órganos o tejidos fetales, no justificó adecuadamente la necesidad de una disminución en el nivel de protección constitucional alcanzado. La accionante expone que en los debates efectuados en el Congreso de la República nunca se explicó de forma clara por qué se incluía el párrafo demandado, que encuentra no hizo parte del proyecto de

⁴⁹ Artículo 2° del Decreto ley 2067 de 1991.

⁵⁰ La carga mínima de argumentación en las demandas de inconstitucionalidad resulta indispensable por cuanto de no atenderse dicho presupuesto procesal podría frustrarse la expectativa ciudadana de obtener una decisión de fondo. Su exigencia permite hacer un empleo adecuado y responsable de los mecanismos de participación. Conforme al artículo 241 superior, no corresponde a la Corte revisar oficiosamente las leyes, sino examinar las que efectivamente hubieran sido demandadas, lo cual implica que solo pueda adentrarse en el estudio y resolución de un asunto una vez se presente en debida forma la acusación. Cfr. sentencias C-292 de 2019, C-266 de 2019, C-042 de 2018, C-688 de 2017, C-422 de 2016, C-499 de 2015, C-081 de 2014, C-281 de 2013, C-610 de 2012, C-1052 de 2001 y C-447 de 1997.

⁵¹ Así lo ha recogido la Corte desde la sentencia C-1052 de 2001, al señalar que las exigencias del artículo 2° del Decreto ley 2067 de 1991 constituyen una carga mínima de argumentación que debe cumplir todo ciudadano.

⁵² Cfr. sentencias C-064 de 2018, C-094 de 2017, C-584 de 2016, C-499 de 2015, C-081 de 2014, C-511 de 2013, C-589 de 2012, C-978 de 2010 y C-814 de 2009. Sobre el carácter excepcional de las providencias inhibitorias dijo este Tribunal: “La inhibición, aunque es posible en casos extremos, en los cuales se establezca con seguridad que el juez no tiene otra alternativa, no debe ser la forma corriente de culminar los procesos judiciales. Ha de corresponder a una excepción fundada en motivos ciertos que puedan ser corroborados en los que se funde objetiva y plenamente la negativa de resolución sustancial. De lo contrario, es decir, mientras no obedezca a una razón jurídica valedera, constituye una forma de obstruir, por la voluntad del administrador de justicia, el acceso de las personas a ella” (sentencia C-666 de 1996). En El Salvador al ejercer el control abstracto de constitucionalidad la causa de la pretensión lo constituye los motivos de inconstitucionalidad o fundamento material de la misma, que en términos filosóficos constituyen el título ontológico. SSC CSJ del 14-XII-1995, Inc. 17-95, Considerando II 2.

⁵³ En la sentencia C-422 de 2016 se sostuvo: “una solicitud de inhibición no puede sustentarse en lo que debe ser objeto precisamente de discusión y respuesta constitucional, (...). Adicionalmente, dado que este asunto reviste cierto grado de complejidad por el carácter altamente técnico de la materia a estudiar, (...) la obligación de este Tribunal e(s) proceder a valorar y responder de fondo el asunto que nos ocupa”.

ley original del Representante Rodrigo Lara Restrepo⁵⁴, cuya única explicación fue que se quería evitar la venta de tejidos fetales por el escándalo en los Estados Unidos⁵⁵.

Para la Corte la demanda se expone: *clara* al aducirse una regresividad normativa (ley estatutaria en salud) y jurisprudencial (IVE) frente al nivel de protección logrado, que por la falta de disponibilidad de órganos o tejidos fetales para enfermedades graves dificulta la prestación del servicio de salud; *cierta* toda vez que la máxima según la cual lo no prohibido está permitido, conocido como principio de permisión, se expone como argumento de refuerzo, máxime cuando se ha puntualizado su existencia normativa en resoluciones; *específica* porque se evidenció con precisión la manera como se confrontan el aparte legal y la disposición constitucional (art. 49); *pertinente* ya que atiende una exposición argumental de naturaleza constitucional y estatutaria, además de la jurisprudencia de la Corte; y *suficiente* al generar una duda mínima de inconstitucionalidad dado los elementos de juicio destacados.

Respecto al *deber de abstención del Estado* se cumple con la *especificidad* al determinar la manera como la prohibición termina por aplazar la dimensión negativa de las obligaciones del Estado para la prestación del servicio de salud. También con la *pertinencia* al centrarse en el derecho a la salud y la jurisprudencia constitucional⁵⁶. En torno a la *investigación médica y/o científica* la argumentación satisface la *especificidad* al señalar que lo impugnado desconoce el acceso oportuno a las tecnologías y medicamentos como piezas fundamentales para investigar y desarrollar procesos más innovadores, mejora del servicio de salud y prestación eficiente y suficiente. Cumple con la *certeza* porque aun cuando no se desprenda del tenor literal referencia a la investigación médica y/o científica, se expone como uno de los efectos que podría generarse. En relación con la *pertinencia* basta indicar que el derecho alegado es la salud en su componente de investigación médica y/o acceso a la ciencia.

En cuanto a la expresión “*niño no nacido abortado*” por *ambigüedad e incoherencia* a partir de la definición científica, la Corte encuentra que es *pertinente* al fundamentarse en el lenguaje empleado, que se estima repercute en los derechos a la igualdad y reproductivos. Traer a colación datos estadísticos del DANE, informes del Instituto Nacional de Salud y comunicados de la Asociación Americana de Escuelas de Medicina, entre otros, no resta fuerza a los cargos presentados al exponerse como razonamientos complementarios, más aún cuando están presentes asuntos técnicos. Respecto a la falta de *suficiencia* la demanda informa los elementos de juicio necesarios que despiertan una duda mínima de inconstitucionalidad, al indicarse la generalidad y confusión del lenguaje empleado, respecto a la distinción entre muertes fetales y neonatales, y la inexistencia de restricciones

⁵⁴ Pone de presente la Gaceta del Congreso 489 de 2014, proyecto de ley 091 de 2014 Cámara.

⁵⁵ Menciona la Gaceta del Congreso 91 de 2016, proyecto de ley 093 de 2015 Senado.

⁵⁶ Alude a las sentencias C-313 de 2014 y T-760 de 2008.

temporales en relación con la IVE. En cuanto a la *definición jurídica* se satisface el requisito de *suficiencia*, toda vez que se señala que se atenta contra la regulación normativa penal que distingue entre *nasciturus* y neonatales, y el alcance de la protección a nivel constitucional e internacional.

Como efectos nocivos que la ambigüedad acarrea sobre el *derecho a la igualdad* halla esta Corporación que se cumple el presupuesto de *claridad* al ser posible entender, a partir de la distinción conceptual entre *nasciturus* y persona respecto de la vida como valor y derecho, la existencia de un trato discriminatorio entre los progenitores, al presuntamente otorgarse una mayor protección a los primeros cuando su reconocimiento se ha conferido a los segundos, que se encuentra irrazonable y desproporcionado. Cumple con la *suficiencia* porque aun cuando no sigue con rigurosidad el *tertium comparationis* es factible desprender el cumplimiento de la mayor carga argumentativa al determinarse: i) los grupos y situaciones involucrados (progenitores de no nacidos y nacidos - vida como valor y derecho), ii) el trato discriminatorio introducido (la prohibición legal de donación y utilización de órganos o tejidos fetales) y iii) lo que justificaría un tratamiento distinto al dispensado por el aparte demandado (la definición científica, jurídica y jurisprudencial al reconocer una menor protección a los *nasciturus* que explicaría la permisón legal de la donación).

En cuanto a los efectos nocivos que la ambigüedad ocasiona sobre los *derechos reproductivos* (mujer) esta Corporación encuentra que la demanda cumple los requisitos de *claridad* al poder determinarse la indicación que con la introducción de la expresión “*niños no nacidos abortados*” se vulnera la garantía de acceso a los servicios de salud reproductiva (IVE de manera segura), en contravía de las definiciones científica, normativa y jurisprudencial; *certeza* al partir del contexto en que se inserta el parágrafo acusado como lo es la prohibición establecida y los efectos nocivos atendiendo los conceptos científico, normativo y jurisprudencial; *pertinencia* porque la cita de datos estadísticos como la del DANE, según se expuso, no resta fuerza constitucional a la demanda cuando se expone como argumento de refuerzo; y *suficiencia* ya que han sido reconocidos como derechos fundamentales a partir de la sentencia C-355 de 2006.

Finalmente, aun cuando no se hubiere solicitado expresamente ineptitud de la demanda por violación del *principio de unidad de materia*, si se manifestó por la Procuraduría la ausencia de certeza en la argumentación, por lo que se encuentra necesario verificar si el cargo cumple las condiciones mínimas para un pronunciamiento de fondo. En efecto, se han fijado unos criterios para la formulación de un argumento apto de inconstitucionalidad, como son: a) señalar la materia de la que se ocupa la ley impugnada, b) citar las disposiciones que presuntamente no guardan relación con el tema general de

la ley, y c) explicar las razones por las cuales considera que dichas disposiciones no son afines a la materia de la ley⁵⁷.

Observada la demanda presentada la Corte considera que la actora satisfizo los mencionados requisitos de procedibilidad, toda vez que en el escrito de acusación se i) señala que la ley busca aumentar las donaciones en el país, para lo cual trae a colación el artículo 1° de la ley demandada (1805 de 2016) que erige como objeto la ampliación de la presunción legal de donación, además de lo pretendido por la ley en su conjunto y la referencia en general al título de la ley; ii) menciona el parágrafo 2 del artículo 2° como aparte cuestionado señalando que no guarda relación con la materia general de la ley (conexidad interna); y iii) explica que se contraría el objeto de la ley que busca ampliar las donaciones en el país y no instituir prohibiciones injustificadas o irrazonables sobre algún tipo de donación de órganos o tejidos.

3. Atendiendo que la demanda de inconstitucionalidad se centra en tres tipos de cargos de inconstitucionalidad, esta Corporación precisa que de encontrarse procedente uno de ellos conforme a los problemas jurídicos que se formulen, haría innecesario entrar a pronunciarse sobre los demás por sustracción de materia.

En primer lugar, este Tribunal se pronunciará sobre si el parágrafo acusado desconoció el principio de progresividad del derecho a la salud en su componente de investigación científica, debido a que el legislador presuntamente no justificó adecuada y suficientemente la medida de prohibición de donación y utilización de órganos o tejidos de los “niños no nacidos abortados”.

De no prosperar dicho cargo, en segundo lugar deberá responder si la expresión “*niño no nacido abortado*” i) reviste de ambigüedad e incoherencia al supuestamente no corresponder con las definiciones científica, normativa y jurisprudencial que distinguen entre *nasciturus* y nacidos, y han precisado el ámbito de protección de la vida, ii) vulnera la igualdad entre progenitores al terminar otorgando mayor protección a los *nasciturus* que a los nacidos y iii) desconoce los derechos reproductivos (mujer) al obstaculizar el acceso legítimo a la IVE de forma segura y sin limitaciones temporales.

Por último, si tal cargo de inconstitucionalidad no resulta procedente se estudiará la violación del *principio de unidad de materia*, esto es, si el segmento cuestionado guarda una conexidad interna objetiva y razonable con el tema general o materia dominante de la ley, al afirmarse que no responde al objeto general ni a su conjunto, consistente en la ampliación de la presunción legal de donación, además que no hizo parte del proyecto de ley original sino que apareció en el último debate, como tampoco se justificó claramente su inclusión.

⁵⁷ Sentencia C-837 de 2001. Cfr. sentencias C-263 de 2016 y C-133 de 2012.

Las intervenciones y conceptos registrados propenden por variadas decisiones como fueron de exequibilidad⁵⁸, exequibilidad condicionada⁵⁹, sin solicitud alguna⁶⁰ e inexecuibilidad⁶¹.

Para resolver, entonces, el primer interrogante planteado la Sala Plena atenderá principalmente la jurisprudencia constitucional, partiendo de los parámetros superiores e internacionales sobre la materia. Por consiguiente, habrá de referir i) a la prohibición *prima facie* de retrocesos frente al nivel de protección constitucional alcanzado en el derecho a la salud, ii) a la investigación científica en salud como bien jurídico objeto de protección constitucional, iii) al marco normativo sobre donación y utilización de órganos o tejidos fetales en Colombia y iv) así entrar al asunto *sub-júdice* (test de regresividad).

Prohibición *prima facie* de retrocesos frente al nivel de protección constitucional alcanzado en el derecho a la salud

4. En la pretensión de la construcción de una sociedad más justa y equitativa para todos, **el constituyente de 1991** estableció la forma organizativa de Estado social de derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana, en la solidaridad y en el pluralismo⁶², así mismo, consagró la garantía irrenunciable a la seguridad social⁶³ y determinó la protección de quienes por su condición económica, física y mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta⁶⁴. También, instituyó como fin esencial del Estado la “*efectividad*” de los principios, derechos y deberes constitucionales⁶⁵, y como función social asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos y la solución de las necesidades básicas insatisfechas en salud⁶⁶.

Particularmente, el artículo 49 constitucional garantizó a todas personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, correspondiendo al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Como componente de la seguridad social, también se determina que el Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprende la prestación de los servicios en la forma que determine la ley⁶⁷. De este modo,

⁵⁸ Senadora María del Rosario Guerra de la Espriella, Fundación Nacional de Trasplantados, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Fundación de Católicos de Colombia Solidaridad, Movimiento Vida por Colombia, Universidad del Rosario, Universidad de La Sabana, Universidad ICESI y Procuraduría General.

⁵⁹ Academia Colombiana de Jurisprudencia.

⁶⁰ Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Organización Nacional de Trasplantes, España y Universidad de Granada, Facultad de Filosofía, España.

⁶¹ Ministerio de Salud y Protección Social; La Mesa por la Vida y la Salud de las mujeres; Federación Colombiana de Municipios; Universidad Externado; Universidad Nacional; Universidad del Valle; Universidad de los Andes (tres facultades); amicus curiae Universidad Nacional de Buenos Aires; amicus curiae Carlos María Romeo Casabona; Ministerio de Salud y Desarrollo Social Presidencia de la Nación Buenos Aires; e Instituto Nacional de Salud.

⁶² Artículo 1º superior.

⁶³ Artículos 48 y 53 superiores.

⁶⁴ Artículo 13 superior.

⁶⁵ Artículo 2º superior.

⁶⁶ Artículo 365 superior.

⁶⁷ Artículo 48 superior.

le dio a la salud una doble connotación de i) servicio público obligatorio y ii) derecho irrenunciable, entregando al Congreso de la República el diseño del sistema y al Gobierno la reglamentación de su prestación, la vigilancia y el control, y la concurrencia en la financiación.

La Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) establece que **la salud es un estado completo de bienestar físico, mental y social**, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades⁶⁸, dentro del nivel posible de salud. En términos del bloque de constitucionalidad⁶⁹, comprende *el derecho al nivel más alto de salud posible* dentro de cada Estado, que se debe alcanzar de manera progresiva⁷⁰. Igualmente, ha sido acogido por los convenios internacionales bajo una concepción amplia o como un *derecho inclusivo* que comprende el mayor número de servicios, auxilios, asistencias y prestaciones, a saber: el acceso al agua limpia potable, suministro de alimentos sanos, nutrición balanceada, condiciones sanitarias adecuadas en el trabajo, medio ambiente sano y educación sobre cuestiones de salud, etc. Abarca así un conjunto de prestaciones cuya eficacia compromete al Estado, a la sociedad y a la familia.

Desde la *Observación General 14 de 2000* del Comité DESC de las Naciones Unidas, se reconoce a la salud como un derecho fundamental indispensable para el ejercicio de los demás derechos que permita a las personas vivir dignamente. La sentencia T-227 de 2003 definió por primera vez a la salud como un **derecho fundamental autónomo**, siendo posteriormente recogida en las sentencias T-760 de 2008⁷¹ y C-313 de 2014⁷². También la Corte sostuvo que no basta con que la persona exista, sino que a su materialidad ontológica se le agrega una cualidad indisoluble la dignidad, por lo que se trata de defender asimismo una cierta calidad de vida⁷³.

Garantía del derecho fundamental a la salud que no prescinde de las **dimensiones positiva** (de prestación, gradual y progresiva)⁷⁴ y **negativa** (de abstención, cumplimiento inmediato)⁷⁵, esto es, de las acciones que debe adoptar el Estado para garantizar el acceso a servicios de salud de calidad y de forma oportuna y eficaz (la primera) y la prohibición de que el Estado apruebe medidas que vulneren la salud o interfieran de forma injustificada en el goce

⁶⁸ http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf

⁶⁹ Artículo 93 superior.

⁷⁰ Sentencias T-597 de 1993 y T-760 de 2008.

⁷¹ Declaración implícita del estado de cosas inconstitucional en salud.

⁷² Revisó el proyecto de ley estatutaria en salud, hoy 1751 de 2015, que en el artículo 2° prescribe: “*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*”.

⁷³ Sentencia C-575 de 1992.

⁷⁴ No son exigibles de forma inmediata al depender en buena medida de la creación de políticas públicas y la disposición de recursos financieros.

⁷⁵ Cfr. sentencia T-336 de 2018.

efectivo del derecho (la segunda)⁷⁶. Ello, aunque no siempre coincida la categoría de derecho fundamental con la dimensión no prestacional, ni la de derecho económico, social y cultural con la dimensión prestacional, por lo que también *puede predicarse una faceta positiva de un derecho fundamental o una faceta negativa de un derecho social*.

Adicionalmente, la Corte no halla que la faceta positiva de un derecho siempre este sujeto a una protección gradual y progresiva, frente a la omisión en *la observancia de las obligaciones correlativas mínimas* que expone al titular del derecho ante la inminencia de sufrir un daño injustificado, lo cual habilita reclamar la protección judicial inmediata (evitar un perjuicio irremediable), siendo entonces un derecho justiciable⁷⁷. De igual modo, la salud incluye unas **facetas de orden:** *preventiva* dirigida a evitar que se produzca la enfermedad, *reparadora* que tiene efectos curativos de la enfermedad y *mitigadora* orientada a amortiguar los efectos negativos de la enfermedad⁷⁸.

Ahora bien, siendo la Carta Política una herramienta evolutiva, dinámica y abierta, vía remisión a los tratados internacionales de derechos humanos también se integran al concepto y alcance del derecho a la salud: i) la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre⁷⁹, ii) la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁸⁰, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁸¹ y iv) el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”⁸².

La *Observación General 14* (2000) del Comité DESC estableció cuatro elementos que dotan de contenido las obligaciones de los Estados respecto del derecho a la salud: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad⁸³. Por su parte, el proyecto de ley estatutaria en salud en el artículo 6º, declarado

⁷⁶ Sentencia C-754 de 2015. Entre otros problemas jurídicos se abordó: ¿La expresión *facultad* del artículo 23 de la Ley 1719 de 2014 viola los artículos 49 y 93 de la Constitución, el bloque de constitucionalidad y el principio de progresividad y no regresividad al generar un cambio en las condiciones de acceso a los servicios de salud para las víctimas de violencia sexual?

⁷⁷ Sentencia T-760 de 2008. La Observación General número 14 del Comité DESC aludió a las *obligaciones mínimas* que son de aplicación inmediata. Cfr. sentencia C-251 de 1997.

⁷⁸ Sentencia T-307 de 2006.

⁷⁹ “Artículo 11. “[i]oda persona tiene derecho ‘a que su salud sea preservada [1] por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, [2] correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.

⁸⁰ “Artículo 25. 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

⁸¹ “Artículo 12. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

⁸² “Artículo 10. 1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social (...)”.

⁸³ Estos elementos fueron acogidos en las decisiones de esta Corporación como acaeció con la sentencia T-760 de 2008.

exequible casi en su totalidad⁸⁴ en la sentencia C-313 de 2014, señaló en términos similares que incluye los siguientes **elementos esenciales e interrelacionados**: a) disponibilidad⁸⁵, b) aceptabilidad⁸⁶, c) accesibilidad⁸⁷ y d) calidad e idoneidad profesional. Además, estableció que comporta, entre otros, los siguientes **principios**: i) universalidad⁸⁸, ii) equidad⁸⁹, iii) oportunidad⁹⁰, iv) progresividad del derecho, v) eficiencia⁹¹ y vi) solidaridad⁹².

Dicha Observación General refirió a las **obligaciones de los Estados partes** que de acuerdo con el Comité DESC son de tres tipos: respetar, proteger y cumplir (también denominada de garantizar)⁹³. De otro lado, el proyecto de ley estatutaria en salud en el artículo 5º, declarado exequible casi en su totalidad⁹⁴ en la sentencia C-313 de 2014, indicó en términos similares que el Estado es responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho

⁸⁴ Declarar EXEQUIBLE el artículo 6º, salvo las expresiones “*de manera intempestiva y arbitraria*” contenidas en el literal d) del inciso segundo, “*que se requieran con necesidad*” y “*que puedan agravar la condición de salud de las personas*” contenidas en el literal e) del inciso segundo, que se declaran inexecutable.

⁸⁵ “*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*”.

⁸⁶ “*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*”.

⁸⁷ “*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*”.

⁸⁸ “*Los residentes en el territorio colombiano gozarán efectivamente del derecho fundamental a la salud en todas las etapas de la vida*”.

⁸⁹ “*El Estado debe adoptar políticas públicas dirigidas específicamente al mejoramiento de la salud de personas de escasos recursos, de los grupos vulnerables y de los sujetos de especial protección*”.

⁹⁰ “*La prestación de los servicios y tecnologías de salud que se requieran con necesidad deben proveerse sin dilaciones que puedan agravar la condición de salud de las personas*”.

⁹¹ “*El sistema de salud debe procurar por la mejor utilización social y económica de los recursos, servicios y tecnologías disponibles para garantizar el derecho a la salud de toda la población*”.

⁹² “*El sistema está basado en el mutuo apoyo entre las personas, generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades*”.

⁹³ “*La obligación de **respetar** exige que los Estados se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud. La obligación de **proteger** requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías prevista en el artículo 12 (PIDESC). Por último, la obligación de **cumplir** requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud (...)*”. Cfr. sentencias T-760 de 2008 y C-313 de 2014.

⁹⁴ Declarar exequible el artículo 5º, en el entendido que (i) la atribución del deber de adoptar mecanismos para la validación del derecho prevista en el literal d) no dará lugar a expedir normas que menoscaben el mecanismo de protección de los derechos fundamentales y (ii) la sostenibilidad financiera a que alude el literal i) no puede comprender la negación a prestar eficiente y oportunamente todos los servicios de salud debidos a cualquier usuario.

fundamental a la salud⁹⁵. En la sentencia C-754 de 2015 se recogió el alcance de cada una de tales obligaciones⁹⁶.

5. Tratándose del **principio de progresividad** ha dicho la Corte que refiere a la manera en que el Estado debe hacer efectiva la faceta de prestación de los derechos, ya que aunque tienen un componente gradual son exigibles también de forma inmediata⁹⁷. Ha afirmado⁹⁸ que “*no excusa el incumplimiento del deber del Estado de asegurar, tan pronto como sea posible, los contenidos mínimos de esos derechos*”; sino que, por el contrario, como lo establece el principio 16 de Limburgo tiene “*la obligación de iniciar inmediatamente el proceso encaminado a la completa realización de los derechos contenidos en el Pacto*”⁹⁹.

Mandato de progresividad que en palabras de la Corte **comporta**: “(i) la satisfacción inmediata de niveles mínimos de protección; (ii) el deber de observar el principio de no discriminación en todas las medidas o políticas destinadas a ampliar el rango de eficacia de un derecho; (iii) la obligación de

⁹⁵ Añade el artículo 5º de la Ley 1751 de 2015: “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; (Con declaración de exequibilidad condicionada). 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; 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 del 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; (Con declaración de exequibilidad condicionada). 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”.

⁹⁶ “La **obligación de respetar** comprende principalmente obligaciones negativas en las que el Estado tiene el deber de: i) abstenerse de limitar o prohibir el acceso a la salud; y ii) abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en el acceso a la salud. La **obligación de proteger** implica deberes de carácter positivo y se refiere a: i) la adopción de leyes o medidas para impedir que terceros interfieran en el acceso y goce del derecho a la salud; ii) la adopción de leyes, normas o medidas que garanticen el acceso en condiciones de igualdad a la atención en salud; iii) la debida supervisión de las entidades privadas en la provisión de los servicios de salud y de comercialización de equipos médicos y medicamentos; iv) la garantía de que las prácticas sociales o tradicionales nocivas no afecten el derecho a la salud de las mujeres, en particular el ejercicio de los derechos reproductivos; v) la adopción de medidas de especial protección en el acceso a servicios de salud para personas que pertenecen a grupos vulnerables; y vi) la adopción de medidas para asegurar que terceros no limiten el acceso a la información y a servicios de salud. La **obligación de cumplir o el deber de garantizar** el derecho a la salud “requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud”, y comprende obligaciones más extensas, a saber: i) la adopción de una política nacional de salud acompañada de un plan que reconozca de forma suficiente el derecho a la salud; ii) la adopción de medidas para asegurar el acceso en condiciones de igualdad a todos los factores determinantes básicos de la salud; iii) la provisión de servicios de salud sexual y genésica, particularmente en áreas rurales; iv) la apropiada formación del personal médico de todos los niveles; v) la existencia de infraestructura suficiente y apropiada para la provisión de servicios de salud, incluida la salud mental; vii) **el fomento de investigaciones médicas**; viii) la educación e información sobre la salud, particularmente en cuanto a los derechos sexuales y reproductivos, la violencia en el hogar, y el uso indebido de alcohol, tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas; y ix) la adopción de medidas contra los peligros para la salud de la contaminación del medio ambiente y las enfermedades profesionales, además de las medidas de garantía en las esferas de facilitación, proporcionamiento y promoción de las garantías del derecho a la salud”.

⁹⁷ Sentencia C-754 de 2015.

⁹⁸ Sentencia C-077 de 2017, que examinó la constitucionalidad de varias disposiciones de la Ley 1776 de 2017, que crean y desarrollan las ZIDRES.

⁹⁹ En este sentido se pronunció esta Corporación en la sentencia C-251 de 1997.

*adoptar medidas positivas, deliberadas, y en un plazo razonable para lograr una mayor realización de las dimensiones positivas de cada derecho, razón por la cual la progresividad es incompatible, por definición, con la inacción estatal; y (iv), la prohibición de retroceder por el camino iniciado para asegurar la plena vigencia de todos los derechos”*¹⁰⁰.

Postulado que no solo es predicable de la actuación u omisión del legislador sino también de la administración¹⁰¹. La sentencia C-754 de 2015 reiteró que dicho principio de progresividad **consta de dos obligaciones**: una, avanzar ampliando el ámbito de realización del derecho y, otra, no disminuir en principio el nivel de satisfacción constitucional alcanzado (mandato de no retroceso), conocido como prohibición *prima facie* de regresividad. Aunque inicialmente el principio de progresividad comprendía especialmente los DESC, su aplicación hoy abarca a todos los derechos fundamentales. Ha sido recogido el principio de progresividad en **instrumentos internacionales** como el Pacto Internacional de DESC (art. 2.1.)¹⁰², la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 26¹⁰³ y 41¹⁰⁴) y el Protocolo Adicional a la CADH denominado de San Salvador (art. 1º)¹⁰⁵, además de la interpretación sobre el alcance de tal principio respecto del derecho a la salud contenida en la *Observación General número 3 de 1990*¹⁰⁶ del Comité DESC¹⁰⁷.

¹⁰⁰ Cfr. sentencia C-046 de 2018. Estudió el siguiente problema jurídico: ¿El artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 viola el artículo 125 de la Constitución sobre los principios del mérito y de no regresividad al determinar la provisión de los cargos de director o gerente de las ESE mediante el nombramiento por el Presidente, los gobernadores y alcaldes y no mediante concurso de méritos?

¹⁰¹ Sentencia SU.124 de 2018.

¹⁰² “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

¹⁰³ “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

¹⁰⁴ “La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones: (...) b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos”.

¹⁰⁵ “Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”.

¹⁰⁶ La índole de las obligaciones de los Estados partes.

¹⁰⁷ “El concepto de **progresiva efectividad** constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, **todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente** por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”.

La Corte en la sentencia C-262 de 2013¹⁰⁸ observó que *“los contenidos prestacionales de los derechos fundamentales –como la salud y la seguridad social- están sometidos al principio de progresividad y no regresión¹⁰⁹, el cual conlleva (i) la obligación del Estado de ampliar su nivel de realización y (ii) la proscripción de la reducción de los niveles de satisfacción actuales¹¹⁰(...)”*. Mandato de progresividad que, en términos de la sentencia C-671 de 2002, implica que *“una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto”*.

Con base en lo anterior, se ha subrayado que constituye un parámetro de constitucionalidad y un factor de análisis al verificar la validez de las normas legales a la luz de los derechos constitucionales involucrados, como la seguridad social¹¹¹, el medio ambiente¹¹², la vivienda digna¹¹³ y **la salud**, entre otros¹¹⁴. Ha señalado esta Corporación que el desarrollo del principio de proporcionalidad expone **particularidades según el derecho constitucional involucrado**, sin que ello sea óbice para que conforme a la evolución de la jurisprudencia constitucional se hubieren determinado algunas **reglas generales**, a saber¹¹⁵:

“i) las medidas que constituyan un retroceso en la protección de los derechos sociales, económicos y culturales son prima facie inconstitucionales¹¹⁶; ii) la libre configuración del legislador se reduce en materia de estos derechos¹¹⁷, en tanto que cuando éste adopte una medida que produzca una disminución en el nivel de protección alcanzado, tiene

¹⁰⁸ Declaró exequibles los incisos primero y segundo del artículo 23 (gastos de administración de las entidades promotoras de salud) de la Ley 1438 de 2011, en los términos y por las razones expuestas en dicha providencia.

¹⁰⁹ Ver la sentencia C-372 de 2011. M.P. Pretelt Chaljub.

¹¹⁰ Ver, entre otras, las sentencias C-671 de 2002, C-556 de 2009 y C-372 de 2011.

¹¹¹ Sentencias C-038 de 2004, C-257 de 2008, C-1141 de 2008, C-428 de 2009 y C-228 de 2011.

¹¹² Sentencia C-443 de 2009 y C-298 de 2016.

¹¹³ Sentencia C-444 de 2009 y C-536 de 2012.

¹¹⁴ Sentencia C-754 de 2015.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ Un segundo momento relevante en la jurisprudencia constitucional en la evolución del principio de progresividad puede asociarse a un conjunto de decisiones en las que se estableció que diversas medidas, que reflejaban un retroceso en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, se presumían inconstitucionales. Esta postura, aún vigente, se desarrolló con especial claridad en la sentencia C-038 de 2004 (...). En esa decisión, la Corte (...) analizó una reforma al Código Sustantivo del Trabajo destinada a reducir los costos del contrato laboral, especialmente en lo relacionado con la remuneración por trabajo extra o trabajo nocturno. Por ejemplo, en la reforma se extendió la jornada diurna hasta las 10 de la noche. Al estudiar la norma esta Corporación señaló que **las medidas que constituyan un retroceso en la protección de los derechos sociales son prima facie inconstitucionales**. Precisó que de acuerdo con la Observación General No. 3 del Comité DESC, **las disposiciones deliberadamente retroactivas deben ser plenamente justificadas por parte del Estado**. Y puntualizó que, de conformidad con la Observación No. 14 sobre el derecho a la salud del mismo Comité, corresponde al Estado demostrar que las medidas regresivas se aplican *“tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado parte”*.

¹¹⁷ La sentencia C-038 de 2004 (...) indicó que la **libertad de configuración normativa del legislador se reduce cuando adelanta reformas o establece nuevas regulaciones asociadas al desarrollo de los derechos sociales**. En caso de que el Congreso adopte una medida que produzca un retroceso en el nivel de protección alcanzado, ésta debe estar justificada conforme al principio de proporcionalidad. A juicio de la Corte, en tal escenario corresponde a la autoridad política *“justificar que esas disminuciones en la protección alcanzada frente a los derechos sociales, como el derecho al trabajo, fueron cuidadosamente estudiadas y justificadas, y representan medidas adecuadas y proporcionadas para alcanzar un propósito constitucional de particular importancia”*.

un deber de justificación conforme al principio de proporcionalidad, aun cuando exista un amplio margen de configuración¹¹⁸; iii) la prohibición de regresividad también es aplicable a la administración¹¹⁹; 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 derechos¹²⁰; 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 interesados¹²¹”.

6. En materia del derecho salud tratándose del principio de progresividad y no retroceso *prima facie* frente al nivel de protección constitucional alcanzado, la Corte acogió la Observación General 14 del Comité DESC¹²² según la cual *“existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud. Si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte”* (32)¹²³.

De igual modo, se estatuye que la adopción de cualesquiera medidas regresivas que sean incompatibles con las obligaciones básicas en lo concerniente al

¹¹⁸ Asimismo, esta Corporación determinó en la misma sentencia que el análisis de la reforma laboral citada estaba atravesado por debates acerca de los efectos de las políticas económicas y, en ese contexto, la justificación de la medida era más compleja, pues las diversas escuelas teóricas señalaban consecuencias diferentes. Por ese motivo, este Tribunal consideró que al analizar la necesidad y adecuación de la medida debía ser deferente con las decisiones del legislador, salvo en caso de encontrar que sus razonamientos fueran abiertamente desorbitados. La sentencia señaló que **cuando la Corte no tiene los elementos técnicos suficientes para abordar la adecuación y necesidad de la reforma**, será necesario verificar *“(i) que las medidas no fueron tomadas inopinadamente sino que se basaron en un estudio cuidadoso, y (ii) que el Congreso analizó otras alternativas, pero consideró que no existían otras igualmente eficaces que fueran menos lesivas, en términos de la protección del derecho al trabajo. Y (iii) finalmente debe el juez constitucional verificar que la medida no sea desproporcionada en estricto sentido, esto es, que el retroceso en la protección del derecho al trabajo no aparezca excesivo frente a los logros en términos de fomento del empleo”*. En ese caso, la Corte consideró que no estaba demostrado que la reforma constituyera una medida abiertamente inadecuada o innecesaria, pues existía un debate inconcluso sobre los efectos económicos de ese tipo de medidas y su potencialidad para alcanzar el propósito trazado por el Legislador. Por lo tanto, el juez constitucional no podía controvertir la justificación expuesta por el Congreso. Además, consideró que las nuevas normas eran proporcionadas porque no restringían intensamente otros derechos constitucionales.

¹¹⁹ Ver, sentencias C-443 de 2009 y T-1318 de 2005.

¹²⁰ Así, por ejemplo, la sentencia T-1213 de 2008 señaló que en el marco de las discusiones sobre lo que establece el PIDESC debe entenderse que aquel obliga solo a no deshacer el nivel de protección alcanzado, sino también a lograr estándares mínimos de protección de los derechos. Expuso: *“(…) en opinión del Comité, la firma del Pacto supone la aceptación de una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos (…) Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser”*.

¹²¹ Sentencia T-760 de 2008 (...): *“Para la jurisprudencia constitucional, cuando el goce efectivo de un derecho constitucional fundamental depende del desarrollo progresivo, lo mínimo que debe hacer [la autoridad responsable] para proteger la prestación de carácter programático derivada de la dimensión positiva de [un derecho fundamental] en un Estado social de derecho y en una democracia participativa, es, precisamente, contar con un programa o con un plan encaminado a asegurar el goce efectivo de sus derechos. Por ello, al considerar un caso al respecto, la Corte señaló que si bien el accionante ‘no tiene derecho a gozar de manera inmediata e individualizada de las prestaciones por él pedidas, sí tiene derecho a que por lo menos exista un plan’”*. Ver, también sentencia T-595 de 2005.

¹²² El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 PIDESC).

¹²³ Cfr. sentencia C-754 de 2015.

derecho a la salud “constituye una violación del derecho a la salud. Entre las violaciones resultantes de actos de comisión figura la revocación o suspensión formal de la legislación necesaria para el continuo disfrute del derecho a la salud, o la promulgación de legislación o adopción de políticas que sean manifiestamente incompatibles con las preexistentes obligaciones legales nacionales o internacionales relativas al derecho a la salud” (48)¹²⁴.

En la sentencia C-313 de 2014, al revisar la hoy Ley estatutaria 1751 de 2015, se incluyó en el artículo 5° como obligaciones del Estado la responsabilidad de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, debiendo para ello “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 (...)”. Igualmente, en el artículo 6° se consagró el **principio de progresividad del derecho**, según el cual: “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”, sobre el cual este Tribunal expuso lo siguiente:

*“Se entiende que una vez alcanzadas unas cotas de satisfacción del derecho, no tiene lugar el retroceso de las mismas. (...). Adicionalmente, el quebrantamiento de los principios de progresividad y, no regresividad, comporta el desconocimiento de compromisos internacionales en materia de derechos, atribuible en principio al Estado. Para la Sala, la presencia de la progresividad no es sinónimo de regresividad. Lo que eventualmente puede resultar regresivo son las medidas que se adopten en relación con el derecho. Con todo, resulta pertinente recordar que existe un margen para adoptar medidas que resulten regresivas, acontece sí que, como lo ha sentado la jurisprudencia, se trata de **medidas sometidas a un escrutinio estricto y que deben cumplir con una rigurosa carga justificativa por parte de las autoridades**”¹²⁵.*

*Finalmente, resulta pertinente observar que el vigor del principio de progresividad, no solo se debe apreciar en relación con la prestación del servicio de salud, esta percepción reducida al ámbito de lo meramente sanitario, es parte del presupuesto que anima los cuestionamientos referidos. Para el Tribunal Constitucional, el principio de progresividad resulta fundamental en el proceso evolutivo, y permanente que debe conducir a la **materialización de todo lo que comportan los determinantes sociales en salud**. No en vano, el legislador estatutario al redactar el*

¹²⁴ Ver, Observación General número 3 (párrafo 9) y Observación General número 13 (párrafo 45). Cfr. sentencia C-754 de 2015.

¹²⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1141 de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

*artículo 9 sobre determinantes sociales en salud, empleo la expresión “(...) lograr la reducción de las desigualdades de la salud que incidan en el goce efectivo (...)” con lo cual, queda evidenciado que esta faceta del derecho a la salud, presenta un **importante déficit por cubrir** y tal cobertura es progresiva. (...)”¹²⁶.*

En consecuencia, las medidas legislativas que constituyan un retroceso en materia de salud deben estar debida o plenamente justificadas por el Estado (inversión de la carga de la prueba)¹²⁷, esto es, de manera adecuada y suficiente¹²⁸, a partir de la exposición de razones que demuestren la necesidad de una disminución en el nivel de protección constitucional alcanzado para seguir avanzando en el desarrollo de las otras facetas de los derechos, y observando parámetros de razonabilidad y proporcionalidad¹²⁹.

7. Este Tribunal ha determinado la aplicación efectiva o no según el caso del principio de progresividad en **asuntos relacionados** con: a) el acceso a los servicios de salud, b) la destinación de recursos al sistema de salud, c) el acceso a los servicios de salud con calidad, iv) la exclusión de los servicios que se prestaban y v) la disponibilidad de los servicios de salud.

Acceso a los servicios de salud (exclusión del sistema de salud de un grupo poblacional ya incluido y que había alcanzado niveles de protección). En la sentencia C-671 de 2002 se examinó si era discriminatorio e implicaba un retroceso en la protección del derecho a la salud el haberse excluido como beneficiarios del sistema de las Fuerzas Militares a los padres de los oficiales y suboficiales en retiro. Al declarar exequible el artículo 24 (parcial) del Decreto ley 1795 de 2000, en el entendido de que podrán continuar siendo beneficiarios del sistema siempre que no tengan otra alternativa de seguridad social, la Corte al fundamentarse en la Observación General número 14 de 2000 observó:

“la progresividad no priva de contenido la obligación estatal, y por ello las medidas regresivas, que disminuyen una protección a la salud ya alcanzada, se presumen contrarias al Pacto. En esos eventos, ha señalado el Comité, el Estado tiene que demostrar que esas medidas eran necesarias y que “se han aplicado tras el examen exhaustivo de todas las alternativas posibles” (Párr. 32). (...) (E)s evidente que la exclusión del sistema de salud de un grupo poblacional que ya había sido incluido en el mismo, y ya había alcanzado unos niveles de protección determinados, implica un retroceso en la realización del derecho a la salud. Y la Corte no ha encontrado ninguna justificación imperiosa para excluir del SSMP a los padres del oficial o suboficial que se haya pensionado, cuando esos padres no puedan contar

¹²⁶ Sentencia C-313 de 2014.

¹²⁷ Sentencias C-754 de 2015 (debidamente justificada), C-644 de 2012 y C-038 de 2004 (plenamente justificada), C-038 de 2004 (cuidadosamente estudiada y justificada) y T-469 de 2013 (inversión de la carga de la prueba, Estado).

¹²⁸ Sentencias C-931 de 2004 (adecuada justificación) y T-469 de 2013 (suficiente justificación).

¹²⁹ Sentencias C-754 de 2015 y C-931 de 2004.

con otro sistema de protección. Ha habido entonces un retroceso, que implica una vulneración del derecho a la salud”.

Destinación de recursos al sistema de salud. Esta Corporación en la sentencia C-040 de 2004, al estudiar unas disposiciones que *reducían los recursos que el Estado destina a la afiliación de la población más pobre al sistema de salud (subsidiado)*, declaró inexecutable una expresión del artículo 42.20 de la Ley 715 de 2001, señalando:

“No puede predicarse progresividad de una disposición que no sólo establece un porcentaje invariable sino que no tiene en cuenta las circunstancias de la población pobre cuya gran mayoría todavía no ha ingresado al régimen subsidiado en salud. (...) De esta manera, en el cumplimiento de la función de la Nación de concurrir a la afiliación de la población pobre al régimen subsidiado, la Carta impone que ésta se haga de forma gradual y progresiva, constituyendo un retroceso la adopción de una medida en sentido contrario. (...) Dicho precepto desconoce el deber estatal de ampliar progresivamente la cobertura en materia de afiliación al régimen subsidiado y de esa manera cercena la posibilidad de que se den las condiciones para que toda la población pobre se beneficie del servicio de salud, meta ésta que aún no se ha logrado y por lo mismo impide constitucionalmente que se establezcan porcentajes fijos de contribución para esa finalidad. (...) En síntesis, por desconocer los principios constitucionales de progresividad y universalidad y lo prescrito en los artículos 48, 350 y 366 se declarará la inexecutable, debiéndose entender que la competencia de la Nación de concurrir en la afiliación de la población pobre al régimen subsidiado mediante apropiaciones al presupuesto nacional deberá ser progresiva y efectuarse por los menos en el porcentaje establecido en las disposiciones legales anteriores a la citada ley”.

Acceso a los servicios de salud con calidad (condiciones menos favorables del paciente para el tratamiento médico). En la sentencia T-739 de 2004, al resolver si una EPS vulneró el derecho a la salud (componente de progresividad), por terminar unilateralmente el contrato con la Unidad Renal y disponer el traslado de los pacientes residentes en Riohacha a Santa Marta para que allí continuaran el tratamiento de hemodiálisis, manifestó que si bien en principio se exponen condiciones menos favorables a las que existían mientras estuvo vigente el contrato, por lo que se estaría ante una política pública contraria al principio de progresividad, no obstante: *“el ente accionado demostró que esta decisión tuvo sustento en motivos suficientemente fundados y que estaban basados en la obligación de conservar las condiciones de seguridad médico científicas para la atención de sus pacientes con afecciones renales, las cuales están estrechamente relacionadas con la debida protección del derecho fundamental a la vida en condiciones dignas”*¹³⁰.

¹³⁰ En la sentencia T-760 de 2008 se reiteró que una entidad encargada de garantizar el acceso al servicio de salud no desconoce el derecho de un paciente, al desmejorar las condiciones en las que accede a un servicio que requiere, cuando: *“(i) las razones del cambio tienden a garantizar el disfrute del nivel más alto de salud posible de la persona, en especial,*

Exclusión de los servicios que se prestaban. En la sentencia T-760 de 2008 la Corte ordenó a la entonces Comisión Nacional de Regulación en Salud la actualización integral del POS, debiendo definir con claridad qué se encuentra incluido, no incluido y excluido: “*la decisión de suprimir servicios que antes estaban incluidos en los POS, puede fundamentarse en razones técnicas acerca de la pertinencia de su provisión, como también, en fundamentos relativos a la priorización de los recursos de la salud y a la evaluación del impacto social de la provisión de distintos servicios. Siempre que los fundamentos por los cuales se supriman servicios estén encaminados a la protección efectiva del derecho a la salud según las necesidades de la población, la Sala considera que, prima facie, la mencionada eliminación no es regresiva*”.

Por último, en relación con la *disponibilidad de los servicios de salud*, en la sentencia C-349 de 2004 al estudiar una demanda contra el literal d) del artículo 16 de la Ley 790 de 2002 y la totalidad del Decreto ley 1750 de 2003 porque, entre otros cargos, la escisión del entonces ISS conducía a una reducción de la oferta de salud, la Corte señaló que la obligación de ampliación progresiva y el principio de universalidad no comprende únicamente la extensión de los servicios de salud a todos los habitantes del territorio nacional, sino también *la ampliación de la cobertura en términos de servicios disponibles*.

8. Más concretamente, en la sentencia C-313 de 2014, luego de referir que el principio de no regresividad se predica de derechos fundamentales como la salud, se afirmó que **una medida se entiende regresiva** al menos en los siguientes eventos: “(1) *cuando recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho*¹³¹; (2) *cuando aumentan sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al respectivo derecho*¹³²; (3) *cuando disminuye o desvía sensiblemente los recursos públicos destinados a la satisfacción del derecho*”¹³³.

Esta Corporación ha evidenciado la complejidad en la protección del derecho a la salud destacando que involucra una gran variedad de obligaciones: unas, de cumplimiento inmediato y, otras, que demandan un mayor despliegue técnico y presupuestal (progresivo). Se han determinado dos **pasos para verificar el cumplimiento de las obligaciones**: en primer lugar, que las medidas u omisiones no afecten la faceta de exigibilidad inmediata del derecho y, segundo, que si el ámbito de la garantía del acceso a la salud no es de obligatorio cumplimiento la medida no disminuya el nivel de satisfacción

garantizar la vida en condiciones dignas; (ii) el cambio no constituye una afectación injustificada del principio de progresividad del derecho a la salud ni afecta el contenido esencial de los postulados de accesibilidad y calidad; y (iii) el cambio no implica una barrera que impida específicamente el acceso del paciente”. Sentencia T-739 de 2004.

¹³¹ Ver, entre otras, C-038 de 2004 (...).

¹³² (...) Cfr. La sentencia C-789 de 2002 (...) aplicó la prohibición de regresividad a una ley que aumentaba los requisitos para acceder a la pensión.

¹³³ Cfr. sentencia C-077 de 2017.

previamente alcanzado, lo cual **se constata al analizar** si: i) se ha recortado o limitado el ámbito sustantivo de protección del derecho, ii) se han incrementado sustancialmente los requisitos de acceso al derecho y iii) si se disminuyen o desvían sensiblemente los recursos públicos destinados a la satisfacción del mismo¹³⁴.

Por tal razón, este Tribunal ha reprochado, *“por un lado, las medidas que abiertamente violan las obligaciones de exigibilidad inmediata del derecho a la salud, y por otro, las medidas que disminuyan la satisfacción alcanzada sin una justificación válida, en términos de acceso, cobertura, calidad y prestación de tratamientos. Así pues, en relación con los deberes bajo el principio de progresividad, la regla consiste en que el Estado debe ampliar cada vez más el ámbito de garantía del derecho hacía el más alto nivel de salud posible, y no puede disminuirlo, pues si bien ciertas facetas prestacionales pueden no ser exigibles de forma inmediata, si lo es avanzar y no retroceder en el nivel de protección al que se ha llegado”*¹³⁵.

9. En cuanto al margen de configuración del legislador cuando se adopte una determinación regresiva la misma se presume inconstitucional¹³⁶, no obstante, ha sostenido la Corte¹³⁷, existen algunas excepciones por lo cual se debe verificar que: *“(i) las medidas no fueron tomadas inopinadamente sino que se basaron en un estudio cuidadoso, y (ii) que el Congreso analizó otras alternativas, pero consideró que no existían otras igualmente eficaces que fueran menos lesivas, en términos de la protección del derecho al trabajo. Y (iii) finalmente debe el juez constitucional verificar que la medida no sea desproporcionada en estricto sentido, esto es, que el retroceso en la protección del derecho al trabajo no aparezca excesivo frente a los logros”*¹³⁸.

En suma, los cambios normativos que comprenden una regresión en la efectividad de los derechos fundamentales como la salud deben estar debida o plenamente justificados (adecuada y suficientemente), observando parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, so pena de ser declarados inconstitucionales.

10. La doctrina especializada no ha sido extraña a esta problemática de índole constitucional. Informa¹³⁹ que la **prohibición de regresividad** hace parte del

¹³⁴ Sentencia C-754 de 2015 y C-046 de 2018.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ Respecto a la libertad de configuración del legislador en relación con el principio de progresividad y, por tanto, la prohibición de regresividad, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que existe *“un mandato al legislador en el sentido de ‘erradicar las injusticias presentes’, de ‘corregir las visibles desigualdades sociales’ y ‘estimular un mejoramiento progresivo de las condiciones materiales de existencia de los sectores más deprimidos’”*. Sentencia C-077 de 2017.

¹³⁷ Sentencia C-046 de 2018.

¹³⁸ Sentencia C-038 de 2004 (...). La jurisprudencia constitucional se ha acercado a estos requisitos en términos similares en los cuales siempre ha mantenido como criterios centrales: (i) la determinación de la carga de la prueba de desvirtuar la presunción de inconstitucionalidad a cargo del Estado, al demostrar que el objetivo era constitucionalmente imperioso; y (ii) la aplicación de un test de proporcionalidad. Ver, también: sentencias C-486 de 2016, C-372 de 2011 y T-043 de 2007.

¹³⁹ Christian Courtis (compilador). Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Cedal. Cels. 2006. Apuntes introductorios, pp. 3-52.

andamiaje de conocimientos¹⁴⁰ tanto del derecho constitucional doméstico como del derecho internacional de los derechos humanos. En materia de retroceso normativo aduce que el estándar del juicio consiste en valorar si el nivel de protección que ofrece el ordenamiento jurídico ante una misma situación de hecho ha o no involucrado¹⁴¹, lo cual se estima equivalente a varias modalidades de juicios habituales en las ramas del derecho, como sucede con la normativa internacional de los derechos humanos, en el supuesto de coexistir dos disposiciones de alcance diferente, prescribiendo como respuesta la aplicación del *principio pro homine*, es decir, la prevalencia de la norma más favorable a la persona humana. También explica la doctrina que la verificación del carácter regresivo de una norma tiene efectos análogos a la presencia de un factor de discriminación de los explícitamente prohibidos, al involucrar de antemano una presunción de ilegitimidad de la medida y de la finalidad de la norma, por lo que queda a cargo del Estado la prueba de su justificación, que en caso de duda habrá estarse contra la validez del precepto regresivo¹⁴².

La investigación científica en salud como bien jurídico objeto de protección constitucional

11. La Constitución Política reconoce el **conocimiento** como un valor constitucional¹⁴³, que cumple una función social¹⁴⁴ y cuya búsqueda es libre¹⁴⁵. El Estado además garantiza la **libertad de investigación**¹⁴⁶, así como la **promoción**, al igual como ocurre con la **ciencia**¹⁴⁷. También reconoce la **libertad de escoger profesión u oficio**¹⁴⁸.

En la sentencia C-505 de 2001¹⁴⁹ la Corte afirmó que **la investigación es un derecho de rango fundamental**. Trajo a colación la sentencia T-172 de 1993 en la cual se sostuvo: *“esta libertad, que constituye expresión y reflejo de la racionalidad humana, hace parte de los derechos fundamentales de la*

¹⁴⁰ Otros textos hablan sobre el diálogo a tres bandas, al poner en contacto los sistemas i) constitucional local, ii) interamericano y iii) europeo de derechos humanos. Es un diálogo en una red global de tribunales para crear un emergente *ius commune*, que produce una integración a través de derechos. Ver, Javier García Roca y Encarna Carmona Cuenca (editores). *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*. Thomson Reuters Aranzadi. 2017.

¹⁴¹ Trae los siguientes ejemplos: *“En materia penal (...) se refleja en la evaluación de la norma penal más benigna; en materia laboral, en la evaluación de la norma laboral más favorable; en materia de derecho de los negocios internacionales, en la evaluación de la cláusula del país más favorecido”*.

¹⁴² Se anota que en la tradición jurídica de los tribunales argentinos en materia de derechos sociales, la Corte Suprema ha decidido que rige la regla hermenéutica *in dubio pro justitia socialis*, a la cual se le asigna naturaleza constitucional. Caso Bercaitz, Miguel Ángel s/jubilación, del 13/9/74.

¹⁴³ Preámbulo de la Constitución.

¹⁴⁴ Artículo 67 superior.

¹⁴⁵ Artículo 71 superior. La búsqueda del conocimiento es libre. Los planes de desarrollo económico y social incluirán el fomento de las ciencias. El Estado creará incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología, y ofrecerá estímulos especiales a personas e instituciones que ejerzan estas actividades.

¹⁴⁶ Artículo 27 superior. El Estado garantiza la libertad de investigación.

¹⁴⁷ Artículo 70 superior.

¹⁴⁸ Artículo 26 superior. Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones.

¹⁴⁹ Estidió como problema jurídico si, conforme a las características de la carrera de Biología, era constitucionalmente viable exigir un título profesional para su ejercicio. Fue declarada exequible la expresión “investigación” (lit. a) art. 2º Ley 22/84) en el entendido que no sólo quienes ostentan un título en Biología están legitimados para adelantar investigaciones relacionadas con seres vivos sino que cualquier persona puede realizar investigación libremente. Igualmente se declararon exequibles las disposiciones restantes de la ley acusada respecto de los cargos de la demanda.

persona, cuya natural tendencia a la búsqueda de la verdad en los distintos ámbitos, la lleva necesariamente a explorar de manera incesante nuevas áreas del conocimiento". Igualmente expuso la relación que guarda con la libertad¹⁵⁰, el libre desarrollo de la personalidad¹⁵¹, la educación¹⁵², el trabajo¹⁵³ y la dignidad humana¹⁵⁴.

Atendiendo los fines de la investigación y la utilidad que reporta a la comunidad los avances que se obtienen merced a los resultados y proyecciones, se determinó en dicha decisión la relevante **función social** que cumple lo cual le lleva desprender que *“la tutela de su práctica y el clima propicio para llevarla a cabo, no menos que el estímulo a su prosperidad y desarrollo, son objetivos que se inscriben dentro del papel que al Estado corresponde para el logro del bien común”*¹⁵⁵. En cuanto implica promoción del desarrollo se manifestó que hace parte de los fines del Estado social de derecho que compromete a las autoridades del Estado¹⁵⁶, cuestión distinta es que el uso o la aplicación posterior del resultado de la tarea investigativa deba ser evaluado, controlado e inclusive restringido o negado, si ello fuera indispensable para la salvaguarda del interés general¹⁵⁷. De esta manera, se adujo que está en cabeza del Estado el **deber de promocionar la investigación y la ciencia**, por lo que las normas legales que se expidan deben buscar satisfacer o materializar dicho contenido genérico de la cláusula constitucional 71¹⁵⁸.

12. Por su parte, la doctrina especializada¹⁵⁹ observa que la libertad de investigación es un derecho humano, que incluye la biomédica¹⁶⁰, cuyo soporte está en la libertad. Ha asegurado que la primera obligación del sistema normativo es respetar y proteger el derecho a la investigación biomédica, instituyendo los mecanismos indispensables para que se desarrolle libremente. De este modo, encuentra la necesidad de promover su llegada a buen término, toda vez que su objetivo es el bien común permitiendo que los seres humanos puedan vivir mejor.

Tal mandato constitucional se integra al orden internacional de los derechos humanos¹⁶¹. En virtud de ello, la investigación científica también es objeto de

¹⁵⁰ Preámbulo de la Constitución.

¹⁵¹ Artículo 16 superior.

¹⁵² Artículos 70, 71 y 79 superiores.

¹⁵³ Artículo 25 superior.

¹⁵⁴ Artículo 1º superior.

¹⁵⁵ Sentencia T-172 de 1993.

¹⁵⁶ Artículos 1º y 2º superiores.

¹⁵⁷ Sentencia C-505 de 2001. Cfr. sentencia T-172 de 1993.

¹⁵⁸ Sentencia C-027 de 2016.

¹⁵⁹ Ver, Iñigo de Miguel Beriain. El derecho a la investigación biomédica. Intereses en conflicto. Texto: Dilemas bioéticos actuales: investigación biomédica, principio y final de la vida. Rafael Junquera de Estéfani y Javier de la Torre Díaz (editores). Uned. Comillas. Dykinson. 2012. Madrid.

¹⁶⁰ Biomedicina: conjunto de disciplinas como la bioquímica, la biología molecular y celular, y la genética, que desempeñan un papel fundamental en la medicina actual. Real Academia de la Lengua Española. <https://dle.rae.es>

¹⁶¹ Artículo 93 superior.

reconocimiento en el artículo 19¹⁶² de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo IV¹⁶³ de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el artículo 15¹⁶⁴ del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; los artículos 26¹⁶⁵ y 42¹⁶⁶ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y el artículo 14¹⁶⁷ del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. También pueden mencionarse otros instrumentos internacionales como el artículo 12.b)¹⁶⁸ de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (1997); el artículo 13¹⁶⁹ de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000); el artículo 15¹⁷⁰ del Convenio para la protección de los derechos humanos y de la dignidad del ser humano con respecto a la aplicación de la biología y de la medicina (1997); el punto 2¹⁷¹ de la Declaración de Bilbao (1993); y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos¹⁷² (2005).

La Ley estatutaria 1751 de 2015 sobre el derecho fundamental a la salud, vino a reconocer la importancia de la investigación científica. En efecto, dentro del

¹⁶² “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de **investigar** y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

¹⁶³ “Toda persona tiene derecho a la **libertad de investigación**, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio”.

¹⁶⁴ “1. (...) b) Gozar de los **beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones**; 2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la **conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia** y de la cultura. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable **libertad para la investigación científica** y para la actividad creadora. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del **fomento y desarrollo** de la cooperación y de las relaciones internacionales en **cuestiones científicas** y culturales”.

¹⁶⁵ “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para **lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos** que se derivan de las normas económicas, sociales y **sobre educación, ciencia** y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

¹⁶⁶ “Los Estados Partes deben remitir a la Comisión copia de los informes y estudios que en sus respectivos campos someten anualmente a las Comisiones Ejecutivas del Consejo Interamericano Económico y Social y del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que aquella vele porque se promuevan los derechos derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires”.

¹⁶⁷ “1. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a: (...) b. gozar de los **beneficios del progreso científico** y tecnológico; (...) 2. Entre las medidas que los Estados partes en el presente Protocolo deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho figurarán las necesarias para la **conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia**, la cultura y el arte. 3. Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a respetar la indispensable **libertad para la investigación científica** y para la actividad creadora. 4. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen los beneficios que se derivan del **fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas**, artísticas y culturales, y en este sentido se comprometen a propiciar una mayor cooperación internacional sobre la materia”.

¹⁶⁸ “La libertad de investigación, que es necesaria para el **progreso del saber**, procede de la libertad de pensamiento”.

¹⁶⁹ “Las artes y la **investigación científica son libres**”.

¹⁷⁰ “La **investigación científica en el ámbito de la biología y la medicina se efectuará libremente**, a reserva de lo dispuesto en el presente convenio y en otras disposiciones jurídicas que garanticen la protección del ser humano”. El informe explicativo (punto 95) aclara que: “La libertad de investigación científica en la biología y la medicina se justifica no solo por el derecho de la humanidad a conocer, sino también por los considerables avances que sus resultados pueden proporcionar en términos de salud y bienestar”.

¹⁷¹ “La **investigación científica será esencialmente libre**, sin más cortapisas que las impuestas por el autocontrol del investigador”.

¹⁷² Tiene como objeto tratar las cuestiones éticas relacionadas con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas que se aplican a los seres humanos, para proporcionar un marco universal de principios y procedimientos de guía para los Estados en la formulación de piezas legislativas y políticas públicas. Junto con otros conceptos como la no discriminación y la solidaridad, particularmente la dignidad humana es utilizada como principio rector y delimitador de la investigación científica y los avances tecnológicos. Cfr. José Luis Soberanes. Reflexiones sobre el concepto de dignidad humana y su proyección en el campo de la bioética. Texto: Perspectivas de bioética. Juliana González Valenzuela (coord.). Universidad Nacional Autónoma de México. 2008. Pp. 235-241.

artículo 6° que determina los *elementos esenciales e interrelacionados del derecho fundamental a la salud*, se halla el de la **calidad e idoneidad profesional**, consistente en que: *“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”*.

Así mismo, dicha disposición instituye que el derecho fundamental a la salud comporta, entre otros, *principios* como el *pro homine*¹⁷³, la equidad¹⁷⁴, la progresividad del derecho y la solidaridad¹⁷⁵. De otro lado, la doctrina¹⁷⁶ ha referido a los principios propios del ámbito de la salud pública, identificando esencialmente los de justicia¹⁷⁷ y de solidaridad¹⁷⁸.

13. Específicamente, el artículo 10 de la ley estatutaria en salud refirió a los **derechos de las personas relacionados con la prestación del servicio de salud**, por ejemplo: *“a) a acceder a los servicios y tecnologías de salud, que le garanticen una atención integral, oportuna y de alta calidad”*¹⁷⁹; *“d) a obtener información clara, apropiada y suficiente por parte del profesional de la salud tratante que le permita tomar decisiones libres, conscientes e informadas respecto de los procedimientos que le vayan a practicar y riesgos*

¹⁷³ “Las autoridades y demás actores del sistema de salud, adoptarán la interpretación de las normas vigentes que sea más favorable a la protección del derecho fundamental a la salud de las personas”.

¹⁷⁴ “El Estado debe adoptar políticas públicas dirigidas específicamente al mejoramiento de la salud de personas de escasos recursos, de los grupos vulnerables y de los sujetos de especial protección”.

¹⁷⁵ “El sistema está basado en el mutuo apoyo entre las personas, generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades”. En la sentencia C-313 de 2014 al estudiarse el alcance de este principio se indicó: *El principio de solidaridad se ha definido (...) como la forma de cumplir con los fines propuestos por el Estado, materializando los derechos constitucionales a la subsistencia, a la salud, a la seguridad social, a la vivienda digna, a la educación y al trabajo, en la prioridad del gasto público social sobre cualquier otra asignación y en la adopción del criterio de necesidades básicas insatisfechas para la distribución territorial del gasto público social (...)*. Un asunto importante en relación con la solidaridad tiene que ver con su connotación de **deber**, acorde con lo dispuesto en el artículo 93, en cuyo numeral 2 del inciso 2° se estipula, que toda persona y ciudadano tiene entre sus responsabilidades la de obrar conforme al principio de solidaridad social ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas. A propósito de la prestación del servicio de salud, se dijo en relación con la solidaridad: (...) exige la ayuda mutua entre las personas afiliadas, vinculadas y beneficiarias, independientemente del sector económico al cual pertenezcan, y sin importar el estricto orden generacional en el cual se encuentren. Este principio se manifiesta en dos subreglas, a saber: En primer lugar, el deber de los sectores con mayores recursos económicos de contribuir al financiamiento de la seguridad social de las personas de escasos ingresos (...). En segundo término, la obligación de la sociedad entera o de alguna parte de ella, de colaborar en la protección de la seguridad social de las personas que por diversas circunstancias están imposibilitadas para procurarse su propio sustento y el de su familia”.

¹⁷⁶ Roberto Andorno. Las bases de la Bioética. Texto: Bioética y dignidad de la persona. Tecnos. Segunda Edición. 2012. Pp. 15-65.

¹⁷⁷ “La necesidad de asegurar una distribución equitativa de los recursos en materia sanitaria y evitar discriminaciones arbitrarias en las políticas de salud públicas. Este principio implica ante todo el empeño del Estado para garantizar que todos los ciudadanos tengan acceso, al menos, a un mínimo de atención sanitaria de calidad”.

¹⁷⁸ “Existen ciertas intervenciones biomédicas en las que, de modo excepcional, el beneficiario no es el destinatario directo de ellas, sino un tercero o la sociedad en su conjunto (...) Los dos ejemplos más destacados son la donación de órganos para trasplantes y las investigaciones médicas en seres humanos. En el primer caso, el beneficiario será quien reciba el órgano; en el segundo caso, será la sociedad toda, en cuanto se espera que tales estudios contribuyan a un mejor conocimiento de las enfermedades y al desarrollo de terapias más eficaces. (...) Es razonable que, estando todos los seres humanos ligados entre sí como miembros de una gran familia, se ayuden mutuamente y compartan las cargas de los demás”.

¹⁷⁹ Al respecto, en la sentencia C-313 de 2013 se señaló: *“con miras a evitar que una apreciación restrictiva del precepto, afecte el derecho en el elemento de la accesibilidad, se hace necesario reiterar que el acceso se deberá entender a facilidades, establecimientos, bienes, servicios, tecnologías y demás condiciones necesarias para alcanzar el más alto nivel de salud”*.

*de los mismos. Ninguna persona podrá ser obligada, contra su voluntad, a recibir un tratamiento de salud”; “i) a la **provisión y acceso oportuno a las tecnologías** y a los medicamentos requeridos”. Y el artículo 22, *ejusdem*, alusivo a la **política de innovación, ciencia y tecnología en salud**, reza: “el Estado deberá establecer una política de Innovación, Ciencia y Tecnológica en Salud, orientada a la **investigación y generación de nuevos conocimientos en salud, la adquisición y producción de las tecnologías, equipos y herramientas necesarias para prestar un servicio de salud de alta calidad que permita el mejoramiento de la calidad de vida de la población**”. Al analizar la Corte esta disposición manifestó:*

*“Este precepto establece la obligación de crear una política a través de la cual se incentive la investigación y generación de nuevos conocimientos en salud, de manera que el **Estado establezca una serie de actividades tendientes a que el servicio de salud sea prestado a toda la población en forma integral y de alta calidad**. Una política de innovación, ciencia y tecnología en salud es cardinal para **garantizar la efectividad de este derecho fundamental**, dado que a partir de los avances que en este campo se consigan podrán implementarse nuevos dispositivos, medicamentos, procedimientos, tratamientos que incidirán, no solo en satisfacer las necesidades de la población, sino que, eventualmente, pueden reducir los costos de operación del sector. En este punto, la Corte no comparte la visión del Ministerio Público por cuanto el **mejoramiento de la calidad de vida de la población**, fin último del enunciado legal, no excluye la protección del derecho a la salud de forma universal e integral. Precisamente **la financiación de nuevas investigaciones que posibiliten la obtención de descubrimientos científicos en el ámbito de la salud** repercutirá a nivel nacional y, posiblemente, **podrá beneficiar al resto de la humanidad**.*

*Por lo anterior, (...) esta obligación que impone el legislador estatutario **desarrolla el valor constitucional del “conocimiento” consagrado en el Preámbulo de la Carta Política**. De esta manera, el artículo 22 del proyecto debe leerse a la luz del mandato del **artículo 71 superior** que impone al Estado, no solo crear incentivos para personas e instituciones que **desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología**, sino ofrecer estímulos especiales a personas e instituciones que ejerzan estas actividades. Así mismo, de acuerdo con lo establecido en la Observación General 14, los Estados partes, respecto de la obligación de cumplir, deben adoptar las medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud. Allí, se señaló que los Estados tienen la obligación de “i) fomentar el reconocimiento de los factores que contribuyen al logro [de] resultados positivos en materia de salud, por ejemplo **la realización de investigaciones y el suministro de información**. Con base en ello, la Sala encuentra que el artículo en mención responde no solo a normas de rango superior sino también a disposiciones del bloque de constitucionalidad dado que lo que busca es **garantizar que el servicio de salud sea prestado conforme a***

investigaciones científicas que permitan a los profesionales de la salud tomar decisiones informadas sobre la aplicabilidad y eficacia de un medicamento o de una determinada tecnología”.

14. Ahora bien, el reconocimiento de la investigación científica como un bien jurídico objeto de protección constitucional, no la exime del establecimiento de ciertas restricciones siempre que no anule el contenido esencial del derecho fundamental. En la sentencia C-505 de 2001, aunque comprometía un asunto no necesariamente coincidente con el presente asunto, como era si quienes ostentaban un título en biología estaban legitimados para adelantar investigaciones relacionadas con seres vivos, este Tribunal refirió al **alcance y límites de la investigación científica**. Tal determinación, luego de destacar el carácter fundamental de la investigación científica y la importancia de su promoción, sostuvo que finalmente puede ser restringido en aras del interés general, siempre que como se ha asegurado no desconozca el núcleo básico (irreductible) del derecho fundamental.

En primer lugar, la decisión comentada hizo alusión a las **ciencias en general y al riesgo social implícito que conlleva**, para exponer que *“la aplicación de los conocimientos científicos (tecnología) afecta directamente la realidad circundante, porque la interpreta y transforma, y que la influencia de los resultados científico-tecnológicos tiene consecuencias en la noción social del entorno. Se sabe que esa influencia, provechosa y útil en los más de los casos, puede devenir en perjudicial para el ser humano. Los resultados que arroja la investigación biológica no sólo comparten ese riesgo, común a toda experimentación científica (...). Dado que se trata de una ciencia empírica, la biología es incapaz de ejercer un control absoluto sobre los resultados de sus investigaciones. (...) Las investigaciones en ingeniería genética, (...) han marcado el inicio de una nueva generación de estructuras biológicas y de seres vivos -simples y complejos- que, aunque auguran promisorios avances en el bienestar del hombre del mañana, suponen un riesgo inédito en cuanto a la transmutación de las estructuras vitales -tal como se conocen hoy día- e implican el replanteamiento de conceptos antropológicos esenciales, la reordenación de los fundamentos operacionales en políticas de salubridad, seguridad y bienestar públicos, así como la valoración contemporánea de inveterados principios éticos”*¹⁸⁰.

En tal virtud, la decisión comentada apuntó a los tratados internacionales suscritos para moderar, por ejemplo, la explotación de los recursos naturales -**bioseguridad**-, en el apremio por frenar el deterioro acelerado de las condiciones de vida del planeta y controlar a futuro el promisorio mercado de recursos biológicos. De ahí que la UNESCO extendió en 1997 la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, en consideración a que *“las investigaciones sobre el genoma humano y sus aplicaciones abren inmensas perspectivas de mejoramiento de la salud de los*

¹⁸⁰ Sentencia C-505 de 2001.

individuos y de toda la humanidad, pero (...) deben al mismo tiempo respetar plenamente la dignidad, la libertad y los derechos de la persona humana, así como la prohibición de toda forma de discriminación fundada en las características genéticas”, lo cual no resultaba ajeno a las previsiones de los artículos 79, 80 y 81 de la Carta Política¹⁸¹.

De esta manera, la Corte recordó que las tecnologías biológicas pueden dar lugar a nuevos descubrimientos benéficos para la comunidad, sin que ello sea obstáculo para que, en situaciones como la experimentación sobre recursos vivos, se sujete a reglas de bioseguridad para evitar que sus resultados atenten contra la diversidad biológica o la salud, vida y alimentación. En consecuencia, se sostuvo que la circunstancia de reconocer la **prevalencia del derecho fundamental a la investigación científica**, no significa que no puedan establecerse **restricciones** que, como se observará, **deben resultar razonables y proporcionadas**¹⁸², toda vez que el Estado a través de sus autoridades conserva la facultad de controlar las actividades que se desarrollan en este sentido¹⁸³.

15. Ahora bien, según se ha podido deducir estos asuntos con altos contenidos técnicos suscitan agudos debates éticos y filosóficos¹⁸⁴, por lo que la doctrina especializada se ha ocupado intensamente de los mismos. Autores como Iñigo de Miguel Beriain¹⁸⁵ empieza por señalar que el derecho no solo debe respetar la libertad de investigación, sino que es un deber apoyarla y fomentarla con las medidas necesarias, siendo **una obligación de medios y, por tanto, no de fines**, que conlleva la creación de los mecanismos necesarios para que ésta sea posible. Destaca que el deber general procede del “*derecho de todos los seres humanos a gozar de una calidad de vida cada vez más alta*”, sin que ello derive necesariamente en un derecho humano ilimitado.

Bajo ese contexto, el doctor Carlos María Romeo Casabona¹⁸⁶ comenta que los avances en las **biotecnologías** exigen la obtención de muestras biológicas de seres humanos e incluso también la experimentación. Así, explica, se trabaja con células humanas -troncales o madre-, cuyas características permiten cultivarlas en el laboratorio y desarrollarlas como líneas celulares específicas -células diferenciadas- de determinados tejidos (epidérmicas, cardíacas, hepáticas, pancreáticas, nerviosas, etc.), con la finalidad de **tratar en el futuro** -si proporcionan los resultados esperados- **enfermedades que en la actualidad son graves e incurables, y degenerativas**. Informa que los investigadores han descubierto que las células que abren tales expectativas se

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² Cfr. sentencia C-951 de 2014. La Corte encontró que la reserva resulta razonable y proporcional al evitar la vulneración por permitir el libre y público acceso a datos singulares, personales e íntimos como son los genéticos humanos, sin perjuicio de que puedan ser utilizados para fines legítimos como la investigación científica, previo consentimiento expreso, informado y libre del titular de dicha información (num.8, art.24, proyecto de ley estatutaria sobre el derecho fundamental de petición).

¹⁸³ Sentencia C-505 de 2001.

¹⁸⁴ Sentencia C-810 de 2003.

¹⁸⁵ Op. cit. Dilemas Bioéticos actuales: investigación biomédica, principio y final de la vida.

¹⁸⁶ El derecho a la vida: aspectos constitucionales de las nuevas tecnologías. Texto: Derecho, Genoma Humano y Biotecnología. María Patricia Castaño de Restrepo y Carlos María Romeo Casabona (Eds.). Sideme. Temis. Bogotá. 2004. Pp. 49-94.

encuentran en ciertos lugares del cuerpo humano (tejidos y órganos), en los fetos, en el cordón umbilical, etc. De ahí que la discusión sobre cualquier investigación que afecte de algún modo a los seres humanos, se colige que debe estar precedida del **marco jurídico apropiado**. Asevera que la investigación científica tiene como fundamento irrenunciable la libertad, concebida como el derecho fundamental a la creación y a la producción científicas (adquisición del conocimiento), que atiende indirectamente los intereses colectivos de la promoción del progreso científico por los beneficios generales que proporciona a la sociedad. Entiende que como toda libertad pública o derecho fundamental tiene sus límites.

16. Como lo expone el profesor Luis Jorge Hernández Flórez de la Facultad de Medicina de la Universidad de los Andes al intervenir en el trámite del asunto *sub-júdice*, el **desarrollo embrionario** inicia con una célula que se diferenciará y multiplicará hasta formar un ser humano con todos sus órganos y tejidos, conocido como “*células madre*” que disponen de la capacidad de dividirse, diferenciarse en distintas células especializadas y auto renovarse para producir nuevas células madre. El tejido fetal, aduce, tiene unas ventajas que proceden de su naturaleza, que incluyen la capacidad de multiplicarse con mayor velocidad y facilidad, se pueden diversificar en distintos tipos de células, tienen poca probabilidad de rechazo, disponen de una mejor habilidad de crecimiento y sobreviven con menos oxígeno que otros tipos celulares.

Desde la década de 1920 iniciaron los estudios con tejidos fetales principalmente para la cura y manejo de enfermedades asociadas con degeneración celular. También se han empleado para estudiar vacunas, biología celular, desarrollo de enfermedades, fisiología, fisiopatología, entre otras. Como principales investigaciones en este campo se encuentran las relacionadas con enfermedades neurológicas, primordialmente el Parkinson¹⁸⁷, donde la capacidad de tales tejidos y células de origen fetal permiten regenerar las neuronas dopaminérgicas. También se ha estudiado la enfermedad de Huntington igualmente neurodegenerativa que afecta las esferas cognitiva, psicológica y movimientos de las personas, donde los estudios preclínicos y clínicos han demostrado mejorar la función al emplear células de la eminencia ganglionica (tejido fetal).

17. En torno a las potencialidades terapéuticas y estado de la investigación, el mismo autor Romeo Casabona en otro texto¹⁸⁸ advierte que **las células madre constituyen un modelo** para entender el desarrollo humano y extraer resultados sobre infertilidad, interrupción espontánea del embarazo, problemas en el nacimiento, entre otros. De igual modo, revela que ofrece información valiosa sobre los procesos de diferenciación y multiplicación celular, y la función de los tejidos, además de que podría servir para el tratamiento de la

¹⁸⁷ Enfermedad neurodegenerativa causada por la muerte de células encargadas de producción de dopamina (dopaminérgicas) a nivel cerebral.

¹⁸⁸ Genética, Biotecnología y Ciencias Penales. Pontificia Universidad Javeriana. Grupo Editorial Ibañez. 2009. Embriones humanos, técnica de reprogramación celular e investigación biomédica. Pp. 225-341.

terapia génica y la investigación de nuevos productos farmacológicos. Explica que **podrían ser fuente para tratar determinadas enfermedades degenerativas y genéticas crónicas** (diabetes, parkinson, alzheimer, infarto de miocardio), así como procesos traumáticos (lesiones de médula espinal). Informa que la plasticidad de estas células, presuntamente mayor en las **células madre embrionarias**, podría facilitar el empleo terapéutico en el futuro en enfermedades graves para las cuales no se dispone hoy de alternativas eficaces.

18. Tratándose de **embriones y fetos abortados** respecto a la intervención del derecho cuando se pretende obtener y utilizar células y otros elementos que provengan de ellos, el profesor Romeo Casabona indica que el rechazo que por motivos éticos expresan algunos a la utilización de material biológico proveniente de fetos abortados de conformidad con la ley, no alcanza el ámbito jurídico y, en principio, será lícita siempre que se observen los requisitos que marque la normativa correspondiente. Aduce que la **investigación clínica debe estar sometida a unos principios marcados por el ordenamiento jurídico** para prevenir riesgos y asegurar que se realicen con respeto de los derechos fundamentales, observando los demás principios éticos. Trae a colación el “Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina” (1997) y el Protocolo Adicional (1998) los cuales fijan un conjunto de principios y condiciones básicas. Evidencia los principios de intervención del derecho penal ante la genética y la biotecnología (subsidiariedad), además de otros mecanismos preventivos (autocontrol ético o deontológico).

Otros autores, como Roberto Andorno¹⁸⁹ expone que los avances de la medicina y la genética contribuyen al **desarrollo de nuevos procedimientos preventivos, diagnósticos y terapéuticos**, aunque generan nuevos interrogantes o dilemas que llevan a establecer algunos límites. Cita la propuesta de **principios bioéticos** elaborada por Tom Beauchamp y James Childress en el libro *Principles of Biomedical Ethics*, que se reducen a cuatro: i) autonomía¹⁹⁰, ii) beneficencia¹⁹¹, iii) no maleficencia¹⁹² y iv) justicia¹⁹³.

19. Respecto al procedimiento o forma de utilización del tejido fetal, **la ética médica** ha instituido **algunas recomendaciones o parámetros mínimos**. La *Dirección de la Escuela de Medicina, Facultad de Salud, Universidad del Valle*, luego de exponer que la donación de membranas amnióticas está legalizada en Colombia y, por tanto, aducir que desconoce la razón de la prohibición establecida con la norma acusada, informa que permitir la donación en este campo resulta relevante en el desarrollo científico y social, además de necesaria para el avance biotecnológico en Colombia, lo cual no es

¹⁸⁹ Op. cit. Bioética y dignidad de la persona.

¹⁹⁰ “Refiere básicamente al derecho de los pacientes y participantes en investigaciones biomédicas a ser correctamente informados acerca de la intervención que se le propone, sobre todo de su naturaleza, objetivos y riesgos, y a decidir libremente si se someten o no a ella”.

¹⁹¹ “Exige del médico la realización de actos conducentes a promover la salud del paciente”.

¹⁹² “Enfatiza la necesidad de no causar un daño al paciente”.

¹⁹³ “Ordena una distribución equitativa de los recursos sanitarios disponibles entre las personas que los necesitan”.

obstáculo para que se observen algunas recomendaciones: i) el tejido fetal no sea remunerable, ii) existan excepciones para la utilización eficiente de tales tejidos, iii) consentimiento informado claro y detallado, iii) las entidades de salud que realizan abortos legales no se les debe permitir beneficiarse de la utilización del tejido fetal (reglamentación) y iv) no ampararse en la libertad de la mujer para provocarse abortos para que sean utilizados los tejidos fetales.

En términos similares, la *Fundación Nacional de Trasplantados* luego de reseñar las ventajas y expectativas que se tiene sobre el trasplante de tejidos fetales, y las inquietudes que generadas¹⁹⁴, reseñó algunos parámetros mínimos que la ética médica ha utilizado para la realización de tales procedimientos, evidenciados en continentes como el europeo donde el empleo del tejido fetal es aceptado y regulada por algunas legislaciones:

“1. La muerte fetal debe estar previamente establecida. En ningún caso se justifica la prolongación de las funciones vitales con miras a la obtención de tejidos en un periodo tardío. 2. El consentimiento informado. Se debe informar a la madre, a excepción de la interrupción voluntaria, en el que se dispondría después de la evacuación uterina. El consentimiento debe presentarse obligatoriamente antes del aborto. Este último aspecto, con la finalidad de evitar las intenciones ocultas antes mencionadas. 3. Eficacia. Ya que aún no está bien definido el balance riesgo/beneficio, debido al porcentaje de éxito es todavía muy bajo; y además el riesgo de morir como consecuencia del tratamiento o tener alguna complicación es alto. 4. Tiempo y vía de evacuación. Ni el tiempo del aborto, ni el método o la vía de evacuación deben ser modificados. Estos dos elementos deben siempre determinarse en función de la mujer y no del material a obtener. 5. La no comercialización de estos tejidos es de rigor. Se debe eliminar toda clase de incentivos por un aborto, así como el recurso a países pobres y de alta natalidad como proveedores de material embrionario y fetal. 6. El anonimato debe quedar totalmente garantizado, y en ningún caso una mujer puede decidir o designar el receptor de su tejido fetal. 7. En toda clínica debe estar prohibido el realizar un aborto a una mujer con la única motivación de donar el tejido fetal¹⁹⁵”.

Y la *Facultad de Medicina, Salud Pública, de la Universidad de los Andes*, expuso que la Asociación Médica Americana ha creado para una investigación segura y ética: *“A. No ofrecer dinero por el tejido fetal. B. Obtener un consentimiento informado de la mujer: que debe incluir el propósito de la*

¹⁹⁴ Expuso lo siguiente: *“puede considerarse como uno de los grandes logros y avances en la medicina, gracias a su implementación en enfermedades como el Parkinson o la enfermedad Huntington, que son las denominadas enfermedades ‘degenerativas’ o ‘neurodegenerativas’ (...). Los nuevos conocimientos acerca de la biología han llevado a la revolución de la medicina regenerativa, potencializando la utilización de las células madre que se convertirían así en diferentes tejidos. Estos avances han generado en la población cierta expectativa respecto a la cura de enfermedades como el Alzheimer, Huntington o Corea Huntington y Parkinson. Desencadenando un amplio debate ético sobre la procedencia de las células madre embrionarias y el empleo de embriones humanos”.*

¹⁹⁵ Asociación de Personal Docente Jubilado de la Universidad Politécnica de Madrid – Instituto de Ingeniería de España, General Arrondo No. 38 Madrid. Aspectos Éticos en relación con el procedimiento o forma de la utilización de tejido fetal.

*investigación. C. En caso de un aborto inducido: (1) la decisión de aborto debe ser previa a la discusión del uso de tejido fetal para investigación y (2) el método de aborto se define de acuerdo con la seguridad de la paciente. D. Cuando se use en trasplante o investigación clínica: (1) el donante no define al receptor y (2) el donante y receptor dan consentimiento informado. E. El personal médico no se beneficia del aborto ni de la donación”*¹⁹⁶.

20. En materia de **donación de órganos** la doctora Cruz Netzahualcoyotl Cardoso¹⁹⁷ comunica que las enfermedades crónicas especialmente las que derivan en una afección sobre órganos de vital importancia como el corazón, riñón, hígado, pulmón, etc. y otras con relevancia funcional como hueso, cornea, piel, entre otros, constituyen claramente un **problema de salud pública** cuya complejidad ha desbordado los programas formulados como soluciones al mismo. Indica que el sostén artificial resulta oneroso y los beneficios relativos y, de ahí, que se considere que el **trasplante es la mejor opción terapéutica** para los pacientes que requieren el reemplazo de algún órgano, sin embargo, la disponibilidad de estos cada día es mayor al estar muy por debajo de los requerimientos.

Además, en lo correspondiente a la **muerte de embriones y fetos** el profesor Carlos María Romeo Casabona¹⁹⁸ explica que hoy es posible el empleo de células y tejidos embrionarios o fetales para **trasplante**, ya que aun cuando se encuentra en fase experimental se espera finalmente obtener resultados alentadores de la implantación del tejido neural fetal, y las células hematopoyéticas de la médula e hígado fetales.

El marco normativo sobre donación y utilización de órganos o tejidos fetales abortados en Colombia

¹⁹⁶ Ama-assn.org (2018). Research Using Human Fetal Tissue/ American Medical Association. (on line). Available at: <https://www.ama-assn.org/delivering-care/research-using-human-fetal-tissue> (accessed 3 May. 2018)

¹⁹⁷ Bioéticas y donación altruista de órganos. Aciertos y problemas. Fontamara. Omebi. 2014.

¹⁹⁸ El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid. 1994. Pp. 182-183.

21. En Colombia, bajo la Constitución Nacional de 1886, se expidió la Ley 9 de 1979¹⁹⁹, que en los artículos 516²⁰⁰, 523²⁰¹, 528²⁰² y 540²⁰³ a 547²⁰⁴ estableció los primeros lineamientos sobre el empleo de cadáveres para investigaciones de carácter científico o docente, y la donación o traspaso de órganos, tejidos y líquidos orgánicos de cadáveres o de seres vivos para trasplantes u otros usos terapéuticos. A partir de esta legislación se dispuso que el Ministerio de Salud expidiera las disposiciones pertinentes, teniendo en cuenta las respectivas licencias, comprobando previamente la existencia de dotación adecuada, equipos científicos capacitados y que por investigaciones y experiencias aceptadas universalmente el acto terapéutico no constituyera un riesgo distinto de aquel que el procedimiento conllevara para la salud del donante o del receptor²⁰⁵.

Posteriormente, vino la Ley 73 de 1998²⁰⁶ que adicionó y profirió otras disposiciones como las concernientes a casos en los que se puede hacer extracción o utilización, no hallándose la exclusión de los componentes anatómicos a que refiere el aparte impugnado, y más bien haciéndose expresa la prohibición de recibir cualquier tipo de compensación en dinero o en especie por la donación o suministro de tales componentes (arts. 3²⁰⁷ y 7²⁰⁸). En virtud de tales leyes fueron expedidos, entre otros, los decretos 003 de 1982, 2636 de 1986 y 1172 de 1989.

¹⁹⁹ Por la cual se dictan medidas sanitarias.

²⁰⁰ “Además de las disposiciones del presente título, el Gobierno, por intermedio del Ministerio de Salud, establecerá las normas y procedimientos para: a. La certificación y registro de la muerte de todo ser humano; b. La certificación y registro de las muertes fetales; c. Practicar autopsias de carácter sanitario mediante la utilización de órganos, tejidos o líquidos orgánicos de cadáveres para establecer la causa de la muerte o para investigaciones de carácter científico o docente; d. (...); e. (...); f. (...); g. Controlar la obtención, conservación y utilización de órganos, tejidos o líquidos orgánicos de cadáveres o proporcionados por seres vivos para fines terapéuticos, y h. (...)”.

²⁰¹ Certificado de muerte fetal.

²⁰² “Solamente las instituciones de carácter científico y los establecimientos hospitalarios o similares, autorizados por el Ministerio de Salud, pueden disponer de los cadáveres no reclamados o de órganos de los mismos para fines docentes o investigativos”.

²⁰³ “Cualquier institución de carácter científico, hospitalario o similar, que se proponga emplear métodos de trasplantes o utilizar los elementos orgánicos con fines terapéuticos, deberá obtener de la autoridad sanitaria la licencia correspondiente previa comprobación de que su dotación es adecuada, sus equipos científicos capacitados y que por investigaciones y experiencias aceptadas universalmente, (...). Parágrafo.- Modificado por el art. 1, Ley 73 de 1988, Modificado por el art. 2, Ley 1805 de 2016 Sólo se podrá autorizar la utilización de los elementos orgánicos a que se refiere este artículo, cuando exista consentimiento del donante, del receptor, consentimiento de los deudos o abandono del cadáver”.

²⁰⁴ Por ejemplo, el artículo 546 señala: “El Ministerio de Salud deberá: a) Determinar los requisitos mínimos de orden científico y técnico que deberán llenar las personas y los establecimientos que practiquen los estudios anatómo-patológicos; b) Establecer las normas sobre preservación, transporte almacenamiento y disposición final de órganos, tejidos y líquidos orgánicos (...); c) (...); d) Establecer sistemas de información necesarios (...)”.

²⁰⁵ Cfr. Intervención del Ministerio de Salud en el presente asunto.

²⁰⁶ Por la cual se adiciona la Ley 09 de 1979 y se dictan otras disposiciones en materia de donación y trasplante de órganos y componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos.

²⁰⁷ “La extracción y utilización de órganos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos para fines de trasplante u otros usos terapéuticos, podrá realizarse en los siguientes casos: a) Mediante donación formal de uno de los órganos simétricos o pares, por parte de una persona viva, (...); b) Mediante donación formal de todos o parte de los componentes anatómicos de una persona, hecha durante la vida de la misma pero para que tenga efectos después de su muerte, (...); c) Mediante presunción legal de donación, (...). Parágrafo. En todo caso prevalecerá la voluntad del donante por sobre el parecer contrario de sus deudos o cualesquiera otras personas”.

²⁰⁸ “Prohíbese(sic) el ánimo de lucro para la donación o suministro de los componentes anatómicos a que se refiere la presente Ley. En consecuencia, la utilización de los mismos no puede ser materia de compensación alguna en dinero o en especie”.

22. Con la Constitución Política de 1991 se expidió la Resolución 8430 de 1993²⁰⁹ que tiene entre otros objetivos establecer los requisitos para el desarrollo de la actividad investigativa en salud²¹⁰, la creación de un Comité de Ética en Investigación²¹¹ y determinar las acciones que contribuyen a la investigación para la salud²¹². Por último, contiene un capítulo (IV) sobre investigación, especialmente en materia de “utilización de embriones, óbitos y fetos”, que son objeto de desarrollo en los siguientes términos:

“Artículo 30. Para realizar investigaciones en mujeres embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio y lactancia; en nacimientos vivos o muertos; de la utilización de embriones, óbitos o fetos; y para la fertilización artificial, se requiere obtener el consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o compañero de acuerdo a lo estipulado en los artículos 15 y 16 de este reglamento, previa información de los riesgos posible para el embrión, feto o recién nacido en su caso. El consentimiento informado del cónyuge o compañero solo podrá dispensarse en caso de incapacidad o imposibilidad fehaciente o manifiesta para proporcionarlo; porque el compañero no se haga cargo de la mujer o, bien, cuando exista riesgo inminente para la salud o la vida de la mujer, embrión, feto o recién nacido”.

“Artículo 35. Durante la ejecución de investigaciones en mujeres embarazadas: a) Los investigadores no tendrán autoridad para decidir sobre el momento, método o procedimiento empleados para terminar el embarazo, ni participación en decisiones sobre la viabilidad del feto. b) Queda irrestrictamente prohibido otorgar estímulos, monetario o de otro tipo, para interrumpir el embarazo, por el interés de la investigación o por otras razones”.

“Artículo 43. Las investigaciones con embriones, óbitos, fetos, nacimientos muertos, materia fecal macerada, células, tejidos y órganos extraídos de éstos, serán realizadas de acuerdo con lo dispuesto en este reglamento”.

De este modo, las disposiciones de estas normas científicas tienen por objeto establecer los requisitos para el desarrollo de la actividad investigativa en salud que comprenden embriones, óbitos o fetos muertos, además de instituir un marco normativo específico sobre la materia.

Después, se expidió la Resolución 3823 de 1997²¹³ que estableció un capítulo (2) sobre la actividad científica y tecnológica en salud. Igualmente se profirió

²⁰⁹ Por la cual se establecen las normas científicas, técnicas y administrativas para la investigación en salud.

²¹⁰ Artículo 1°.

²¹¹ Artículo 2°.

²¹² “Artículo 4. (...) a. Al conocimiento de los procesos biológicos y psicológicos en los seres humanos. b. Al conocimiento de los vínculos entre las causas de enfermedad, la práctica médica y la estructura social. c. A la prevención y control de los problemas de salud. d. Al conocimiento y evaluación de los efectos nocivos del ambiente en la salud. e. Al estudio de las técnicas y métodos que se recomiendan o empleen para la prestación de servicios de salud. f. A la producción de insumos para la salud”.

²¹³ Por la cual se crea la Comisión Asesora de Ciencia y Tecnología del Ministerio de Salud y se dictan normas para regular las actividades de desarrollo científico en el sector salud.

el Decreto 1546 de 1998 que reglamenta parcialmente las leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988 en cuanto a la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos para trasplante de los mismos en seres humanos.

Posteriormente, se expidió la Ley 919 de 2004²¹⁴, con la finalidad de reforzar la bioseguridad y la fundamentación en la protección de la dignidad humana y los derechos fundamentales, reformulando la prohibición de comercialización de componentes anatómicos y tipificando como delito su tráfico (art. 1²¹⁵)²¹⁶.

Más adelante, el Decreto 2493 de 2004²¹⁷ que tiene por objeto regular la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transportes, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos de trasplante o implante en seres humanos²¹⁸, establece en el artículo 15 la prohibición de la remuneración o cualquier tipo de compensación o retribución por la donación o suministro de un órgano o tejido al cual se refiere el presente decreto; en el artículo 16 la utilización de los componentes anatómicos cuando se trate de donante fallecido²¹⁹; en los artículos 43 y ss. las buenas prácticas en materia de tejidos y de médula ósea; en los artículos 46 y 47 (docencia e investigación) las instituciones autorizadas para la utilización de cadáveres no reclamados y la distribución de componentes anatómicos y cadáveres destinados a estudios o investigación científica; y en los artículos 48 y ss. la vigilancia sanitaria.

Mediante la Resolución 5108 de 2005 se estableció el Manual de Buenas Prácticas para Bancos de Tejidos y de Médula Ósea y se dictaron disposiciones relacionadas con el trámite de obtención del certificado de cumplimiento de las buenas prácticas y con las funciones de inspección, vigilancia y control por las autoridades sanitarias competentes. Acto seguido, se expidió la Resolución 2640 de 2005²²⁰ que entre sus objetivos estableció las obligaciones de las IPS habilitadas para realizar procedimientos de trasplante o implante²²¹, instituir condiciones para la definición de criterios técnico - científicos de asignación

²¹⁴ Por medio de la cual se prohíbe la comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplante y se tipifica como delito su tráfico.

²¹⁵ “La donación de componentes anatómicos; órganos, tejidos y fluidos corporales deberá hacerse siempre por razones humanitarias. Se prohíbe cualquier forma de compensación, pago en dinero o en especie por los componentes anatómicos. (...). PARÁGRAFO. Las instituciones que funcionen con la debida autorización como bancos de tejido y de médula ósea y las instituciones prestadoras de servicios de salud con programas de trasplantes habilitados, podrán cobrar los costos ocasionados por la hospitalización del donante vivo, el cuidado médico del mismo, el diagnóstico, la extracción, la preservación, las pruebas o exámenes requeridos previamente para la donación o el suministro, el transporte, el valor de las pruebas inmunológicas y de histocompatibilidad indispensables para la realización del trasplante, el valor del trasplante, gastos de hospitalización, cirugía y cuidado médico postoperatorio del paciente trasplantado y del donante, el suministro de medicamentos y los controles subsiguientes a dicho procedimiento”.

²¹⁶ Cfr. Intervención del Ministerio de Salud en el presente asunto.

²¹⁷ Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988, en relación con los componentes anatómicos.

²¹⁸ Artículo 1º. Objeto y ámbito de aplicación.

²¹⁹ “2. Cuando se trate de donante fallecido: a) Siempre que se haya garantizado y asegurado el proceso de consentimiento informado del donante y a falta de este último el de los deudos; b) (...); c) Cuando obra la presunción legal de donación de conformidad con la ley. PARÁGRAFO. (...)”.

²²⁰ por medio de la cual se reglamentan los artículos 3º, 4º, 6º parágrafo 2º, 7º numeral 10, 25 y 46 del Decreto 2493 de 2004 y se dictan otras disposiciones.

²²¹ Artículos 1º y 18.

de componentes anatómicos y definir los requisitos para expedir autorización de utilización de cadáveres no reclamados a las entidades que desarrollan actividades de docencia e investigación²²².

En esta línea, se expidió la Resolución 382 de 2015²²³ regula la disposición de cadáveres no reclamados y de componentes anatómicos de los mismos, con fines de docencia o investigación (título II) e instituye un Comité de Componentes Anatómicos y Cadáveres no reclamados (título III).

Por último, se expidió la Ley 1805 de 2016²²⁴, que tiene por objeto ampliar la presunción legal de donación de componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos²²⁵; presume la donación cuando una persona se ha abstenido de ejercer el derecho a oponerse²²⁶; faculta la manifestación de oposición a la presunción legal de donación²²⁷; implementa estrategias de información a la población²²⁸; determina el porcentaje de recursos de las entidades del sector salud para promocionar la donación de órganos y tejidos²²⁹; define en cabeza del INS los criterios únicos nacionales de distribución y asignación de órganos y tejidos²³⁰; instituye que las IPS deberán contar con recursos para detectar en tiempo real a los potenciales donantes²³¹; estatuye el procedimiento para la obtención de tejidos y de médula ósea, y la práctica de actividades relacionadas con la obtención, extracción, procesamiento y distribución por los bancos de tejidos o de médula ósea sin ánimo de lucro autorizados por el INVIMA²³²; crea una Comisión Intersectorial de Calidad para actualizar la reglamentación en materia de donación de órganos y tejidos²³³; y modifica normas penales sobre quien trafique, compra, venda o comercialice componentes anatómicos humanos, o sustraiga un componente anatómico de un cadáver o de una persona sin la correspondiente autorización²³⁴, entre otros. La Resolución 481 de 2018²³⁵ modificó los requisitos para la inscripción ante la coordinación regional de la red²³⁶.

El asunto sub-júdice. Inexequibilidad del párrafo demandado

²²² Artículos 1º y 20.

²²³ Por la cual se reglamenta la inscripción de entidades para la obtención de cadáveres, componentes anatómicos y tejidos con fines de trasplante, docencia e investigación y se dictan otras disposiciones.

²²⁴ 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.

²²⁵ Artículo 1º.

²²⁶ Artículo 3º.

²²⁷ Artículo 4º.

²²⁸ Artículo 5º.

²²⁹ Artículo 6º.

²³⁰ Artículo 7º.

²³¹ Artículo 8º.

²³² Artículo 12.

²³³ Artículo 13.

²³⁴ Artículo 17.

²³⁵ Por la cual se modifica el artículo 3º de la Resolución 2640 de 2005 en relación con los requisitos que deben cumplir los bancos de tejidos y de médula ósea y las IPS habilitadas con programas de trasplante.

²³⁶ Artículo 1º.

23. Trámite que cumplió el párrafo acusado en el Congreso de la República. Es indispensable que la Corte realice previamente un breve recuento de los *antecedentes legislativos* en orden a determinar el momento de inclusión del párrafo acusado y primordialmente las justificaciones que llevaron al Congreso de la República a expedir la prohibición de donar y utilizar órganos o tejidos de los “niños no nacidos abortados”.

El proyecto de ley 091 de 2014²³⁷ inició su trámite en la Cámara de Representantes el 09 septiembre de 2014²³⁸, en cuyo articulado no se comprendió inicialmente el párrafo 2º acusado del artículo 2º de la hoy Ley 1805 de 2016²³⁹, ya que solamente incluyó, bajo posteriores modificaciones, lo que es actualmente el párrafo 1²⁴⁰. En efecto, contenía dicha disposición del proyecto de ley un solo párrafo del siguiente tenor:

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

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

*Artículo 540. **Parágrafo.** Solo se podrá proceder a la utilización de los órganos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos a que se refiere este artículo, cuando exista consentimiento del donante o presunción legal de donación ”.*²⁴¹

La *exposición de motivos*²⁴² recogió algunas conclusiones sobre la problemática actual y el curso de acción a desarrollar, que se transcribe *in extenso* para su mayor comprensión:

“Colombia (tiene) un índice de donaciones muy bajo. La situación es hoy crítica y exige una verdadera reformulación de la política de donación y trasplantes. El promedio es solo de 14.7 personas por millón de habitantes, en comparación con España que tiene una tasa de donantes de 34.2 donantes por millón de habitantes. La Unión Europea está en 18.2 donantes

²³⁷ Por medio de la cual se modifican la Ley 73 de 1988 y la Ley 919 de 2004 en materia de donación de órganos y se dictan otras disposiciones.

²³⁸ El Representante Rodrigo Lara Restrepo radicó el proyecto de ley.

²³⁹ 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.

²⁴⁰ Disposición vigente conformada por tres (3) párrafos. *“Artículo 2º. Modifíquese el artículo 1º de la Ley 73 de 1988, el cual quedará así: Artículo 1º. El párrafo del artículo 540 de la Ley 9ª de 1979, quedará así: Artículo 540. **Parágrafo 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”.*

²⁴¹ Gaceta del Congreso 489 de 2014, p. 7.

²⁴² En la introducción al proyecto de ley se señala que el texto de dicha exposición de motivos se divide en dos partes: una, respecto a la situación jurídica actual en materia de donación de órganos y tejidos en el país evidenciando un análisis sobre la presunción legal de donación vigente y, otra, la propuesta que se pone a consideración a partir de un llamado de atención sobre las cifras que arroja la situación en Colombia y cómo la iniciativa presentada es una forma de solución. En la primera parte se alude al marco jurídico y a la presunción legal existente, en tanto que en la segunda “una demanda insatisfecha que exige un nuevo instrumento de carácter legal” se hace mención a las cifras sobre donación y relación donantes-lista de espera, la propuesta, posiciones doctrinarias jurídico-académicas, la Iglesia Católica, el consentimiento informado como nudo gordiano sobre la materia, derecho comparado y preguntas frecuentes respecto a la donación. Gaceta del Congreso 489 de 2014, pp. 8-17.

*por millón de habitantes; Estados Unidos 26.3 donantes por millón de habitantes; Portugal 26.7 donantes por millón de habitantes.*²⁴³

.El trasplante de órganos es una terapia claramente establecida para pacientes con diferentes enfermedades terminales. Sin embargo, la aplicabilidad del trasplante se encuentra ampliamente limitada por la escasez de órganos disponibles.

.Desde el primer trasplante exitoso de un órgano en el mundo en 1954, se ha presentado un gran aumento de las cirugías de trasplantes, particularmente durante los años ochenta. Hoy en día en nuestro país, es común el trasplante de órganos sólidos como hígado, riñón, páncreas, pulmón, corazón e intestino, de los que se han obtenido muy buenos resultados respecto a los del resto del mundo.

.En Colombia se ha avanzado mucho en los últimos años. Existe una nueva y completa legislación desde 1979, la cual fue actualizada y modernizada por última vez en el 2004. Actualmente nuestro país ocupa el tercer lugar en Latinoamérica en donación de órganos; sin embargo, aún hay mucho por hacer. Ante las cifras es evidente la urgencia de un cambio estructural en el sistema de donación de órganos, así como el fortalecimiento de la educación e información.

.Con la drástica reducción que se ha venido presentando durante los últimos años, las autoridades en la materia tienen un mensaje claro. Más allá de las creencias que las personas puedan tener, hay que saber que con solamente la voluntad expresa, en vida un individuo puede ayudar a muchas personas quienes necesitan sus órganos para llevar una vida con más calidad.

.La donación de órganos mediante el consentimiento presunto constituye la consagración legal de diferentes valores constitucionales como la solidaridad y la prevalencia del interés general, ya que tiene como objeto propio el de facilitar la disponibilidad de órganos a todos aquellos que los necesitan como último recurso de sobrevivencia.

.Así mismo esta iniciativa apunta a realzar el valor cooperación, en cuanto tiende a lograr entre la sociedad la creación de una conciencia a favor de la donación de órganos, y de la importancia de la cuestión en cuanto a que cualquiera de nosotros podría hallarse en la situación de aquellos que se encuentran en espera de trasplante que le brinde más y mejor calidad de vida, y depender de la cooperación de alguna familia que decida donar los órganos del recientemente fallecido.

²⁴³ Arias Rubio Edward, Galán Carlos Fernando, proyecto de acuerdo número 366 de 2009 Concejo de Bogotá, D.C., 21/09/2009.

.Con este proyecto Colombia tendría una legislación conforme a los principios y estándares internacionales”²⁴⁴.

Esta propuesta normativa, además de mantener la presunción legal de donación, tenía como fundamento principal *aumentar* el número de donantes por la disminución significativa²⁴⁵, a través de mecanismos principales como *“eliminar la oposición de los deudos”²⁴⁶*; además de otras medidas adicionales como radicar en el Gobierno (Ministerio de Salud) y el INS atribuciones concretas y de máxima autoridad de la estructura y organización de la Red de Donación para una mayor claridad y transparencia; establecer criterios únicos de distribución y asignación de órganos y tejidos; realizar campañas de promoción de la conciencia solidaria; y modificar normas penales respecto de quienes trafiquen o comercialicen con componentes anatómicos²⁴⁷.

En el informe de ponencia de aprobación en *primer debate* el proyecto de ley 091 de 2014 ante la comisión primera de la Cámara de Representantes²⁴⁸, el ponente Rodrigo Lara Restrepo recogió en esencia los mismos motivos para proponer el proyecto de ley²⁴⁹, por lo que se mantienen intactas las disposiciones sobre el objeto (art. 1º) que está dado en aumentar las donaciones para trasplante, el consentimiento del donante o presunción legal de donación (art. 2º) y el título del proyecto inicial, bajo un pliego de modificaciones que comprende la inclusión de un artículo nuevo²⁵⁰ y la modificación del artículo 15²⁵¹. Posteriormente²⁵², fue aprobado el informe de ponencia por unanimidad.

A continuación, el informe de ponencia para *segundo debate* ante la plenaria de la Cámara²⁵³ se presenta nuevamente por el designado ponente Rodrigo Lara Restrepo quien propuso un pliego de modificaciones sobre varias

²⁴⁴ Gaceta del Congreso 489 de 2014, p. 17

²⁴⁵ En la exposición de motivos se registra: *“-Marco jurídico. (...) Sin embargo, desde 2009 el número de donaciones de órganos y tejidos ha decrecido dramáticamente”*. Más adelante, atendiendo las cifras del Sistema Nacional de Información en Donación y Trasplantes (2013) del INS, se recoge: *“Relación Donantes-Lista de espera. (...Lo anterior implica que existe un déficit en la provisión de órganos que le garanticen continuar viviendo a un número elevado de personas. (...) dicho déficit no parece cerrarse sino que por el contrario la tendencia de los receptores en lista de espera tiende a aumentar significativamente conformen pasan los meses. Esta situación se ve agravada en tanto el número de donantes está disminuyendo (...)”*. *Ibíd.*, pp. 9 y 12.

²⁴⁶ En la introducción de la exposición de motivos se adujo que: *“Adicionalmente, la oposición de los familiares de los potenciales donantes fallecidos, ha venido en aumento”*. Más adelante al referir a la relación de donantes y la lista de espera se señaló: *“Estos fallecimientos podrían evitarse si se contara con un mayor número de donantes, cifra que podría aumentar considerablemente al lograr un mayor nivel de cobertura y calidad de la información sobre el tema, si un mayor número de personas en vida manifestarán expresamente su deseo de ser donantes y finalmente si se elimina la autorización de los familiares tal como lo pretende este proyecto de ley”*. Igualmente en el acápite *“nuestra propuesta”* se indicó: *“En resumen, en la presente propuesta normativa se mantiene la presunción legal de donación, se hacen modificaciones pertinentes a la Ley 73 de 1988 para eliminar la oposición de los deudos (...)”*. *Ibíd.*, pp. 8, 12 y 13.

²⁴⁷ Ver exposición de motivos alusiva a la situación jurídica en Colombia y en otros países, datos y cifras estadísticas (lista de espera), problemática interna vigente (demanda insatisfecha), posiciones doctrinarias y académicas, y alternativas de solución. *Ibíd.*, pp. 7-17.

²⁴⁸ Presentado el 14 de octubre de 2014 y publicado en la Gaceta del Congreso 647 de 2014.

²⁴⁹ En las consideraciones el ponente refiere al comportamiento de la donación en Colombia hasta el primer semestre de 2014 según informe de la Red de Donación y Trasplantes, de los conceptos favorables al proyecto de ley por el INS y la Asociación Colombiana de Banco de Tejidos, y de la necesidad del proyecto de ley.

²⁵⁰ Pasaría a ser el artículo 6. Horario para promocionar donación de órganos.

²⁵¹ Pasaría a ser el artículo 16. Participación en proceso de extracción o trasplante, agravación de penas.

²⁵² 15 de abril de 2015, Acta 41, Gaceta del Congreso 427 de 2015, pp. 29-30.

²⁵³ 3 de mayo de 2015 y publicado en la Gaceta del Congreso 252 de 2015, pp. 5-8.

disposiciones²⁵⁴ y la adición de nuevos artículos²⁵⁵, que comprendieron el artículo 2º del proyecto de ley que fue objeto de adición de un *parágrafo transitorio*, cuyo contenido es similar al finalmente aprobado por el Congreso:

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

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

*Artículo 540. **Parágrafo.** Solo se podrá proceder a la utilización de los órganos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos a que se refiere este artículo, cuando exista consentimiento del donante o presunción legal de donación.*

*Parágrafo transitorio. Las disposiciones contenidas en este artículo entrarán a regir seis (6) meses después de la promulgación de esta ley.*²⁵⁶

Se resalta lo adicionado.

El 25 de agosto de 2015²⁵⁷ fue aprobado el informe de ponencia con las modificaciones y adiciones por unanimidad, e ingresado al debate sobre el articulado fue también avalado empezando por el articulado que no tenía proposiciones o que si la tuvieran estaban ratificadas²⁵⁸, como también se propuso la adición del vocablo “*tejidos*” a varias disposiciones²⁵⁹, entre ellos el 2⁶⁰, además de la introducción del parágrafo transitorio, siendo aprobados por unanimidad²⁶¹. Luego se votaron las disposiciones no avaladas²⁶² siendo negadas, que una vez sometidas nuevamente a votación como venían en la ponencia, así como el artículo 12 que estaba avalado, fueron aprobadas por la mayoría incluyendo el título del proyecto²⁶³.

El informe de ponencia de dar *tercer debate* al proyecto de ley 091 de 2014 Cámara y 93 de 2015 ante la comisión primera del Senado estuvo a cargo del Senador German Varón Cotrino quien insistió en el objetivo del proyecto de

²⁵⁴ Artículos 2º, 3º, 10, 12 y 15.

²⁵⁵ Tres nuevos artículos en materia de incentivo, divulgación y comisión intersectorial. En consecuencia, se renumeraron nuevamente los artículos desde el número 14.

²⁵⁶ Gaceta del Congreso 252 de 2015, pp. 7 y 8.

²⁵⁷ Acta 85, Gaceta 910 de 2015, pp. 24-25.

²⁵⁸ Artículos 5º, 9º, 11, 16, 19, 20 y 1º, 2º, 3º, 4º, 7º, 10, 13, 15 y 17.

²⁵⁹ 1º, 2º, 3º, 6º, 7º, 12 y 15.

²⁶⁰ Igualmente los artículos 1º, 3º, 6º, 7º, 12 y 15. En la discusión generada se aludió a los criterios únicos de distribución y asignación de órganos y tejidos. Al finalizar el debate el ponente señaló: “(...) quiero respetados colegas expresarles mi más sincero agradecimiento por la aprobación unánime de este importante proyecto (...), es profundamente humano, es una imperiosa necesidad que tiene el país de reformar su sistema y su régimen de donación de órganos. Los pacientes quedarán inmensamente agradecidos señores Representantes con ustedes, las familias de quienes gracias a esta ley tendrán la esperanza de salvar a sus seres queridos o de ofrecerles simplemente una vida digna, también quedan inmensamente agradecidos con ustedes.”

²⁶¹ Se aludió al rescate de órganos, a contar con el personal y medios técnicos para diagnosticar la muerte encefálica, a hallar el mayor número de donantes, a la diferencia entre lo que son órganos y tejidos, y a los criterios únicos en la asignación de órganos. Gaceta del Congreso 910 de 2015, pp. 24-33.

²⁶² Artículos 6º, 8º, 14 y 18.

²⁶³ Al finalizar el debate el ponente Rodrigo Lara Restrepo señaló: “(...) quiero respetados colegas expresarles mi más sincero agradecimiento por la aprobación unánime de este importante proyecto (...), es profundamente humano, es una imperiosa necesidad que tiene el país de reformar su sistema y su régimen de donación de órganos. Los pacientes quedarán inmensamente agradecidos señores Representantes con ustedes, las familias de quienes gracias a esta ley tendrán la esperanza de salvar a sus seres queridos o de ofrecerles simplemente una vida digna, también quedan inmensamente agradecidos con ustedes.” Gaceta del Congreso 910 de 2015, pp. 36-46.

ley²⁶⁴. Presentó un pliego de modificaciones que abarcó el título (supresión vocablo “órganos” por “componentes anatómicos”), los artículos 1º (supresión de los términos “órganos, tejidos”), 7º, 8º, 10 y 12, y una nueva disposición²⁶⁵. El 2 de diciembre de 2015²⁶⁶ se dio la aprobación del informe de ponencia por unanimidad²⁶⁷ y abierta la discusión del articulado²⁶⁸ con el pliego de modificaciones así como de la eliminación del artículo 11²⁶⁹, exceptuando los artículos 2 (adición de los vocablos “libre, previo e informado” respecto del consentimiento del donante, previsto en el primer párrafo)²⁷⁰ y 18, fueron aprobados por unanimidad. Seguidamente se abrió la discusión de los artículos 2º con el texto del pliego de modificaciones²⁷¹ y 18²⁷², siendo aprobados también por unanimidad. Además, se abrió la discusión de los artículos nuevos²⁷³ que se aprobaron por unanimidad, al igual que el título del proyecto de ley²⁷⁴.

Por último, el informe de ponencia para dar *cuarto debate* al proyecto de ley ante la plenaria del Senado fue presentado por los ponentes designados, es decir, los senadores Germán Varón, Paloma Valencia, Manuel Enríquez Rosero, Viviane Morales, Roberto Gerlén, Doris Vega, Alexander López y

²⁶⁴ Refirió en términos similares al marco jurídico, al comportamiento de la donación en Colombia durante 2014 y a la necesidad del proyecto. Gaceta del Congreso 821 de 2015, pp. 9-10 y 12.

²⁶⁵ Implementa sistema de información unificado por Ministerio de Salud. Gaceta del Congreso 821 de 2015, pp. 12-13.

²⁶⁶ Acta 25, Gaceta del Congreso 08 de 2016.

²⁶⁷ Como finalidad del proyecto de ley el ponente indicó que estaba dada en: “*cómo volver más eficiente esa presunción legal que rige actualmente*”, así como en organizar las competencias a nivel institucional, otorgar un claro marco jurídico, combatir el comercio ilegal de órganos e incrementar las penas. Acto seguido intervino la Senadora Paloma Valencia Laserna para manifestar que tenía a cargo un proyecto de ley similar lo cual le llevó a plantear algunas modificaciones al asunto en discusión para dar la claridad necesaria en materia del mecanismo de prueba y demostrar cuando no se quiere ser donante, la posibilidad de donación por menores de edad bajo el consentimiento informado de los padres, que la voluntad del donante no puede revocarse por un familiar, las instituciones autorizadas para realizar las campañas educativas, la prelación de colombianos y ciudadanos residentes para trasplante y cómo evitar tráfico ilegal de órganos, etc. En uso de la palabra, el ponente estuvo de acuerdo con varias de las observaciones, sin embargo, solicitó votar la ponencia como había sido presentada para que en la discusión del articulado se hicieran los ajustes correspondientes. Gaceta del Congreso 08 de 2016.

²⁶⁸ Atendiendo las observaciones de la Senadora Paloma Valencia el ponente informa que no tendría inconveniente en que pudiera hacer parte integrante de los ponentes, anotando que la misma sugiere aprobar el articulado como fue presentado salvo el 11 al existir una solicitud válida del Ministerio de Hacienda en cuanto el destino de los recursos correspondería a una ley orgánica del presupuesto, proponiendo así la supresión de dicha disposición para que las demás observaciones planteadas se abordaran ante la plenaria del Senado. Acto seguido intervinieron los senadores José Obdulio Gaviria Vélez, Alfredo Rangel Suárez, Jaime Amín Hernández, Paloma Valencia Laserna, Carlos Fernando Motoa Solarte y Rodrigo Lara Restrepo que expusieron varias inquietudes sobre el proyecto de ley en cuanto a que la familia no puede oponerse a la voluntad de quien en vida autorizó ser donante, el alcance de la expresión “componentes anatómicos”, el tráfico de órganos, la protección en primer lugar al nacional antes que al extranjero, el registro nacional de donantes, quien tiene derecho a ser primer receptor del trasplante, etc.. Fue aceptado por unanimidad el retiro de las proposiciones para dejarlas como constancias (arts. 7º, 10, 15 y 18, entre otros) y posterior debate ante la plenaria del Senado.

²⁶⁹ Formulado en la proposición número 81 (destino de los recursos debe hacerse por ley orgánica).

²⁷⁰ Sobre el primer párrafo el ponente German Varón Cotrino sostuvo que se hará una modificación para establecer que solo se podrá proceder a la utilización de órganos, tejidos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos cuando exista el consentimiento del donante “*libre, previo e informado*” o presunción legal de donación.

²⁷¹ Queda así la disposición:

“*Parágrafo. 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 transitorio. Las disposiciones contenidas en este artículo entrarán a regir seis (6) meses después de la promulgación de esta ley.”

²⁷² “*Las instituciones autorizadas como Bancos de Componentes Anatómicos y Centros de Trasplantes que participen de un proceso de extracción o trasplante contraviniendo la presente ley y las normas previstas en la Ley 73 de 1988, serán sancionadas con la clausura total y definitiva del establecimiento*”. Proposiciones números 82 y 83.

²⁷³ Proposiciones números 84 y 85.

²⁷⁴ “*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*”. Gaceta del Congreso 08 de 2016.

Claudia López²⁷⁵, el cual replicó el objeto del proyecto de ley y contempló un pliego de modificaciones a los artículos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 10, 12, 17, la eliminación de varios artículos²⁷⁶ y tres nuevas disposiciones²⁷⁷.

El 16 de diciembre de 2015²⁷⁸ se dio inicio a la aprobación del informe de ponencia interviniendo los senadores Paloma Susana Valencia Laserna²⁷⁹, María del Rosario Guerra de la Espriella²⁸⁰ y Roy Leonardo Barreras Montealegre²⁸¹ quien fue interpelado por la senadora Valencia Laserna²⁸². No obstante, la presidencia de la Corporación respecto de un proyecto de ley diferente (116 de 2014 Senado, define y regula las cuentas abandonadas y les asigna un uso eficiente), procedió a designar un senador²⁸³ como integrante de la comisión para estudiar las discrepancias surgidas en la aprobación²⁸⁴. Luego al retomar el informe de ponencia en discusión, dio la palabra a los senadores William Jimmy Chamorro Cruz²⁸⁵, Carlos Enrique Soto Jaramillo²⁸⁶, Rodrigo Lara Restrepo²⁸⁷, German Varón Cotrino²⁸⁸ y Efraín José Cepeda Sarabia²⁸⁹.

Luego intervino un Senador²⁹⁰ sobre un asunto diferente (endeudamiento) al proyecto de ley en discusión²⁹¹, interviniendo la presidencia del Senado para un punto de orden sobre la voluntad de votar el informe de ponencia que los ocupaba, por lo que el Senador participante procedió a dejar una constancia. La presidencia de la Corporación manifestó que si se seguía pidiendo la palabra no se alcanzaría a votar el proyecto de ley en discusión, ya que era las 11 p.m., por lo que se procedió a someter a consideración de la plenaria la proposición

²⁷⁵ No firmaron Viviane Morales, Alexander López y Claudia López.

²⁷⁶ 13, 15, 22 y 23.

²⁷⁷ Donación por menores de edad ante muerte cerebral o autopsia médico legal, institución que estaría a cargo del Registro Nacional de Donantes y lista de espera de donantes. Gaceta del Congreso 1049 de 2015, pp. 9-11.

²⁷⁸ Acta 40, Gaceta del Congreso 91 de 2016, pp. 86-91.

²⁷⁹ Adujo que ante la falta de donación de órganos por las complejidades del sistema se busca habilitar una serie de herramientas respecto a cuándo se tiene la calidad de donante, la consulta obligatoria del Registro Nacional de Donantes, la transparencia de los mecanismos de asignación en la prelación de órganos, la no presunción de donación para menores de edad por estado terminal o fallecimiento salvo consentimiento informado de los padres, el endurecimiento de las penas por el tráfico de órganos y la no permisión de donación de órganos a extranjeros. Al finalizar invita a la plenaria a acompañarla con las proposiciones anotando que hay otras dos frente a las cuales no se tienen un consenso adquirido (p. 86).

²⁸⁰ Expuso que dada la aprobación de un proyecto de ley similar presentó una proposición aditiva al artículo 7º del proyecto de ley en discusión para garantizar la cadena de custodia durante todo el proceso de donación.

²⁸¹ Además de mostrar su aquiescencia al proyecto de ley expuso si respecto a la presunción de donación habría que permitir a la familia expresar una objeción de conciencia.

²⁸² No encontró prudente la propuesta al estimar que no se puede cambiar la voluntad expresada de ser donante.

²⁸³ Oscar Mauricio Lizcano.

²⁸⁴ Gaceta del Congreso 91 de 2016, p. 87.

²⁸⁵ En términos generales indicó que había radicado un proyecto de ley similar sobre el cual no se rindió ponencia en relación con la presunción de donación a partir de los 18 años salvo manifestación en contrario y que respecto de menores de edad correspondía a los padres otorgar el consentimiento.

²⁸⁶ Interpeló en cuanto a si deben ser los padres quienes deben tomar las determinaciones así como lo concerniente a la cadena de custodia.

²⁸⁷ Explicó que el proyecto de ley persigue que la voluntad en vida expresada por el donante no pueda ser desvirtuada por los deudos manteniéndose la presunción legal de donación. Recabó que este es un proyecto concertado con sectores médicos y que constituye una esperanza de vida digna.

²⁸⁸ El ponente identificó como punto central del proyecto el ampliar la presunción legal de donación, concretando las instituciones responsables y estableciendo unos procedimientos.

²⁸⁹ Solicitó la concertación de un artículo mediante una proposición conjunta (no sustitutiva) en el sentido que sea el ciudadano en vida quien manifieste libremente que quiere ser donante, sin la presunción, y con la coincidencia de que los familiares no la pueden revocar.

²⁹⁰ Daniel Alberto Cabrales Castillo.

²⁹¹ Gaceta del Congreso 91 de 2016, p. 89.

con que termina el informe de ponencia sobre donación la cual cerrada la discusión le fue impartida la aprobación respectiva²⁹².

Acto seguido se dio apertura al debate sobre el articulado haciendo uso de la palabra el Senador Germán Varón Cotrino quien propuso debatir las disposiciones que no tenían proposiciones. La presidencia de la Corporación sometió a consideración de la plenaria la omisión de la lectura del articulado, excepto los artículos 2º, 7º, 10, 18 y uno nuevo, siendo impartida su aprobación, para seguidamente entrar a votar el articulado como está en la ponencia con la salvedad establecida (2º, 7, 10, 18 y uno nuevo), que fue aprobado. A continuación, la presidencia informó a la plenaria que *“se suspende la discusión y aprobación del proyecto de ley en mención por tener mucha discusión en la aprobación del articulado”*²⁹³.

Luego de una intervención registrada para un asunto diferente (ocupantes y poseedores de tierras)²⁹⁴, el Senador Roy Barreras, reconociendo que estaba suspendido el debate sobre donación, recabó que su partido acompañaría el proyecto de ley al convencerle las explicaciones de los ponentes, expresando solo una preocupación sobre la autorización a los extranjeros no residentes por lo que solicitó que se retirara dicha proposición. Cumplida otra intervención sobre asuntos varios (ejercicio de la presidencia, temas debatidos durante el periodo, candidatos presidenciales)²⁹⁵, el Senador Juan Carlos Restrepo Escobar expuso una moción de orden: *“(...) estando a escasos 40 minutos de terminar la legislatura”*²⁹⁶.

Después de la intervención de siete senadores y de la presidencia y la secretaría general sobre otros asuntos, el Senador Ernesto Macías Tovar indicó que *“ya está conciliado el proyecto de órganos, que usted suspendió hace rato, entonces no es si no votarlo, para que lo dejemos ya definido”*²⁹⁷. Luego de la interpelación del Senador Juan Carlos Restrepo Escobar respecto a verificar si estaban publicadas las tres conciliaciones que habían comunicado que sí y la intervención del Senador Alexander López Maya quien dio lectura a unas proposiciones sobre distintos asuntos, el presidente de la Corporación manifestó:

“Señores Senadores les pregunto si modificamos el orden del día, para votar esas dos proposiciones y luego entramos a debatir el orden del día. Continuaremos órganos si está conciliado, son las 11:40 minutos, vamos a ver qué proyecto que no generen (...) discusión podemos votarlo (...), entonces aceptan la modificación del orden del día, para votar las

²⁹² *Ibidem*, p. 90.

²⁹³ *Ibidem*.

²⁹⁴ Senadora Nohora Stella Tovar Rey.

²⁹⁵ Senador Carlos Felipe Mejía Mejía.

²⁹⁶ Solicitó que se informe si los proyectos a conciliar estaban publicados, a lo cual el secretario general de la Corporación manifestó que ello se había cumplido en la página oficial de la secretaría y la electrónica, además de informar la presidencia que según la secretaría los tres proyectos de ley fueron publicados.

²⁹⁷ Gaceta del Congreso 91 de 2016, p. 94.

proposiciones del Senador Alexander López. En consideración las proposiciones anuncio que va a cerrarse, quedan cerradas. Lo aprueban.

Informe de la conciliación de órganos Senadora Paloma, entre más ágil y concreta sea más posibilidades tiene el proyecto de ser aprobado en esta legislatura.

La presidencia somete a consideración de la plenaria las proposiciones presentadas por los honorables senadores Jorge Enrique Robledo (...) y cerrada su discusión esta les imparte aprobación. Proposición número 61 (...), 62 (...), 63 (...) y 64 (...)”.

La presidencia al anunciar que “*retoma la discusión*” del proyecto de ley número 93 de 2015 Senado y 091 de 2014 Cámara en materia de donación de componentes anatómicos²⁹⁸, concedió el uso de la palabra a la Senadora Paloma Valencia quien expresó:

“La conciliación se ha hecho en los siguientes términos, lo único que se modifica es un artículo nuevo, que permite que el Ministro mediante Decreto pueda permitir la donación de órganos a extranjeros manteniendo la prelación a colombianos.

Lo segundo, es un artículo que prohíbe la utilización de partes o de órganos de niños no nacidos abortados, tercero se agrega la cadena de custodia para que el Estado la garantice con procedimientos que permitan la realización de los trasplantes.

Cuarto, se agrega el tema de agravantes penales, que ya estaba agregado”²⁹⁹. Se destaca para efectos del examen constitucional.

La presidencia expuso que estaba conciliado el proyecto a lo cual la Senadora Paloma Valencia manifestó que “*está conciliado todo, presidente*”. Seguidamente, se cumplió en la plenaria del Senado el siguiente trámite:

*“La presidencia manifiesta:
Entonces estaba suspendido, lo continuamos. ¿Cuántos artículos se traen conciliados con el apoyo de todas las bancadas que fueron a la conciliación señor Secretario?*

*El secretario manifiesta:
Los artículos son: el número 2º, este es nuevo, el 10, el 18 y dos nuevos, no, el 2º y el 7º, el 10, el 18 y dos nuevos, repito los artículos que están conciliados, 2º, 7º, 10, 18 y dos nuevos, total 6.*

La presidencia manifiesta:

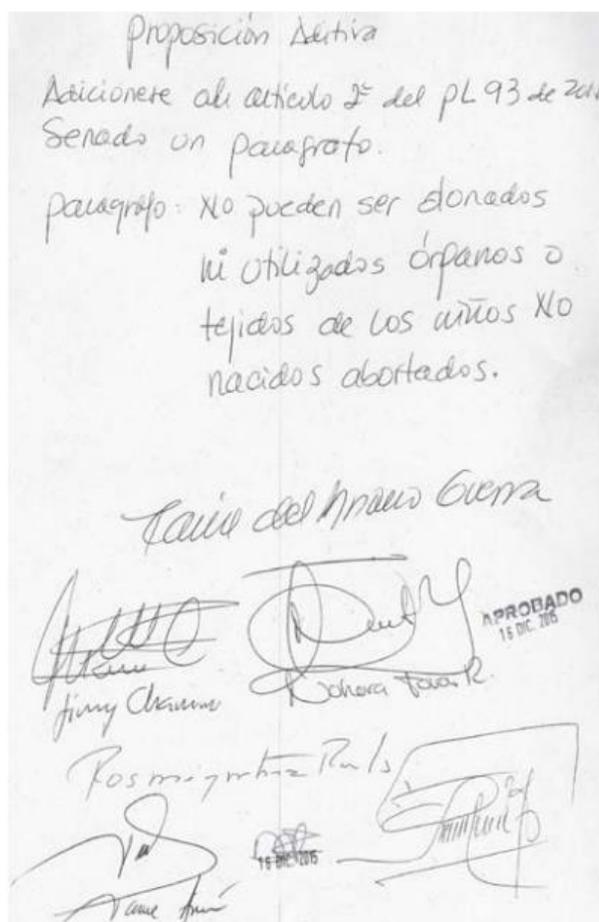
²⁹⁸ *Ibidem*, pp. 94 y 95.

²⁹⁹ *Ibidem*, pp. 95 y 96.

Vamos a votar primero los conciliados, luego votamos los nuevos. En consideración los artículos que la comisión accidental nos propone aprobar, con la conciliación que han logrado con las distintas bancadas.

La presidencia somete a consideración de la plenaria los artículos 2º, 7º, 10 y 18 con las modificaciones propuestas y, cerrada su discusión, pregunta: ¿Adopta la plenaria el articulado con las modificaciones propuestas? Y esta responde afirmativamente”³⁰⁰.

La Gaceta del Congreso³⁰¹ recoge a nivel de imágenes las proposiciones que fueron presentadas. La primera se registra en manuscrito como proposición aditiva al artículo 2º del proyecto de ley, que introduce el párrafo 2º (hoy acusado), con fecha de aprobación 16 de diciembre de 2015 (día de la sesión plenaria), en los siguientes términos:



Seguidamente la presidencia concedió el uso de la palabra a la Senadora Paloma Valencia quien manifestó:

“Los dos artículos nuevos son, uno que prohíbe la utilización de las partes de niños no nacidos, bebés no nacidos abortados, en atención al escándalo que ha habido en los Estados Unidos, proposición presentada por la Senadora María del Rosario Guerra.

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 96.

³⁰¹ 91 de 2016, pp. 96 y 97.

Y el segundo, es un artículo que permitiría, la donación de órganos a extranjeros no residentes en el país, siempre y cuando haya un decreto del Ministerio y se mantenga la prelación de donación para los colombianos y los extranjeros residentes en el país”³⁰².

La presidencia de la Corporación sometió a consideración de la plenaria los dos artículos nuevos y cerrada su discusión preguntó si adopta el articulado propuesto respondiendo afirmativamente. Se registran a nivel de imágenes dos proposiciones (donación de órganos a extranjeros no residentes y de rostro previo consentimiento informado). Acto seguido se aprobó el articulado en bloque, el título del proyecto y que fuera ley de la República³⁰³.

También se registra que las presidencias del Senado y de la Cámara designaron al Senador Germán Varón Cotrino y al Representante Rodrigo Lara Restrepo como integrantes de la Comisión de Conciliación, quienes presentaron el informe respectivo (5 abril de 2016) a consideración de las plenarias y decidiendo acoger en su mayoría el texto aprobado en la plenaria del Senado del 16 de diciembre de 2015, entre ellos, el artículo 2º, con algunas excepciones que acogieron el texto de la Cámara³⁰⁴. El informe de conciliación fue aprobado el 6 de abril de 2016³⁰⁵ en la plenaria de la Cámara³⁰⁶ y el 20 de abril de 2016³⁰⁷ en la plenaria del Senado³⁰⁸.

Por último, fueron presentadas objeciones gubernamentales al proyecto de ley 93 de 2015 Senado y 091 de 2014 Cámara, por inconveniencia³⁰⁹. La proposición a las plenarias de la Corporación consistió en aceptar parcialmente las objeciones por inconveniencia y de aprobar el informe³¹⁰.

³⁰² *Ibídem*, p. 97.

³⁰³ *Ibídem*.

³⁰⁴ Gacetas del Congreso 122 de 2016 Senado y 123 de 2016 Cámara. Al igual reposa el texto conciliado en plenarias de ambas cámaras.

³⁰⁵ Acta 124.

³⁰⁶ Gaceta del Congreso 318 de 2016 Cámara, p. 24.

³⁰⁷ Acta 52.

³⁰⁸ La Senadora Paloma Valencia intervino para indicar que el proyecto de ley se centró en cambiar la manera como se daba el consentimiento (podría suceder que familiares no querían donar los órganos), por lo que hoy todos los colombianos serán donantes salvo que manifiesten el deseo de no serlo, además de destacar que con el proyecto de ley muchos de los órganos ahora sí podrán ser utilizados. Así mismo, señaló que otros asuntos importantes quedaron pendientes de incorporarse por otro proyecto de ley que sería presentado ante el Congreso de la República. Preciso que las soluciones que se dieron al problema de la donación de órganos *“incluyen las grandes preocupaciones que se manifestaron aquí como la cadena de custodia; (...) la necesidad que la donación de órganos de los niños tenga un consentimiento informado de ambos padres; la restricción general a la donación de órganos a extranjeros, como mecanismo para privilegiar la atención de los nacionales; todos los temas importantes que se discutieron en este Senado y (...) fuente de debate, fueron incluidos en esta conciliación. Yo invitaría (...) a este Congreso a acompañarnos en este proyecto. (...) que salva vidas, que transforma la posibilidad que los órganos que hoy se pierden sean utilizados para darle mejor calidad de vida a muchísimos colombianos. Con la certeza de que las herramientas para la transparencia, para penalizar el tráfico de órganos, para garantizar que estos órganos sean debidamente utilizados, están incluidos en la ley y que estamos preparando un segundo proyecto que va a articular todo el sistema de donación de órganos que es fundamental para el país”*. Después intervino la Senadora María del Rosario Guerra de la Espriella para señalar la necesidad de compaginar un proyecto de ley que se había radicado con el asunto que ese día se conciliaba. Gaceta del Congreso 405 de 2016, Senado, pp. 9-11.

³⁰⁹ Las razones consistieron: a) pauta legal para la promoción y pedagogía social la donación de órganos, b) prohibición para la salida de órganos del país, c) trasplante de órganos y tejidos a extranjeros cónyuges no residentes, d) registro nacional, e) manifestación de oposición a la presunción legal, f) campañas y estrategias de información y promoción de la donación de órganos y g) criterios de asignación de órganos. Gacetas del Congreso 371 y 420 de 2016.

³¹⁰ Presentada por el Senador Germán Varón Cotrino y el Representante Rodrigo Lara Restrepo. Gaceta del Congreso 421 de 2016.

24. Aplicación del test de regresividad. Conforme a la jurisprudencia constitucional³¹¹ que guiará y servirá de referente a la presente decisión, la Corte procederá a aplicar el test de regresividad en orden a determinar si la medida legislativa impugnada desconoció el principio de progresividad del derecho fundamental a la salud en el componente de investigación científica.

24.1. Regresividad en materia de salud. Esta Corporación encuentra que la medida objeto de control de constitucionalidad es efectivamente regresiva al implicar una modificación de las condiciones normativas preexistentes, concretamente del radio de protección del derecho fundamental a la salud, que se expone ahora más gravoso y, con ello, desatendió el nivel de satisfacción alcanzado³¹².

Un cotejo del párrafo acusado con la normatividad que la antecedía - evolución cronológica de las garantías asociadas al derecho a la salud-, permite advertir el cambio normativo y práctico drástico que se produjo con la aprobación de la prohibición de donación y utilización de órganos o tejidos de “niños no nacidos abortados”.

Como se acopió suficientemente en los puntos 21 y 22 de la presente decisión³¹³, bajo la Constitución anterior y vigente, y con anterioridad a la Ley 1805 de 2016, el Estado colombiano contaba con una normatividad legal y reglamentaria en materia de uso y donación de órganos o tejidos que incluía los fetales (fallecidos), con fines de investigación de carácter científico o docente en salud³¹⁴, además de las otras investigaciones que se encontraban en curso³¹⁵, como lo afirmó el Ministerio de Salud y el Instituto Nacional en Salud, entre otros.

En efecto, antes de la aprobación de la ley acusada el ordenamiento jurídico colombiano disponía de una regulación amplia que permitía la utilización de órganos o tejidos de no nacidos, y con fines de trasplante. Como lo sostuvo el Ministerio de Salud, soportado en la descripción del marco regulatorio existente en el país, la prohibición establecida impone definitivamente una barrera de acceso y disponibilidad que conlleva un retroceso en el nivel de protección alcanzado³¹⁶. Explica que con anterioridad existía una estructura

³¹¹ Sentencias C-028 de 2018, C-077 de 2017, C-503 de 2014, C-644 de 2012, C-536 de 2012, C-444 de 2009 y C-372 de 2001, entre otras.

³¹² Cfr. sentencias C-503 de 2014 y C-536 de 2012.

³¹³ El marco normativo sobre donación y utilización de órganos o tejidos fetales abortados en Colombia.

³¹⁴ Leyes 9ª de 1979 (medidas sanitarias), 73 de 1988 (donación y trasplante de órganos y componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos) y 919 de 2004 (prohíbe la comercialización de componentes anatómicos para trasplante y tipifica como delito su tráfico); decretos 003 de 1982, 2636 de 1986, 1172 de 1989, 1546 de 1998 y 2493 de 2004; y resoluciones 8430 de 1993 (normas científicas, técnicas y administrativas para la investigación en salud) alusiva a las investigaciones en mujeres embarazadas y la utilización de embriones, óbitos o fetos (arts. 30, 35 y 43), 3823 de 1997, 5108 de 2005, 2640 de 2005 y 382 de 2015.

³¹⁵ Proyecto Zika en embarazadas y niños (ZEN), Colombia-Estados Unidos.

³¹⁶ Por ejemplo, ello riñe con la Resolución 8430 de 1993 del Ministerio de Salud que establece en el artículo 4º que: “la investigación para la salud comprende el desarrollo de acciones que contribuyan: a. Al conocimiento de los procesos biológicos y psicológicos en los seres humanos. b. Al conocimiento de los vínculos entre las causas de enfermedad, la práctica médica y la estructura social. c. A la prevención y control de los problemas de salud. d. Al conocimiento y

normativa soportada en derechos y principios constitucionales como la salud, dignidad humana, autonomía personal e igualdad, además de disponer de un procedimiento para adelantar cualquier tipo de actuaciones en relación con los componentes anatómicos, así como las instituciones facultadas para el desarrollo de las mismas, las rutas de acceso y distribución de los componentes, los bancos de tejidos sin ánimo de lucro, los comités de ética, las autoridades que ejercen control y vigilancia, las sanciones penales, etc.

El Ministerio de Salud fue enfático en afirmar que en el país “*si se han utilizado órganos o tejidos fetales de docencia³¹⁷ y de investigación en salud*”. En demostración de lo aseverado ejemplifica con el proyecto Zika en Embarazadas y Niños (ZEN) que es liderado por tal ministerio y el INS, la Gobernación de Santander y los Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades (CDC) de Estados Unidos, que busca tratar los efectos adversos para la salud de gestantes, fetos y bebés infectados durante el embarazo y a largo plazo³¹⁸. También informa que se realizan trasplantes que han demostrado eficacia y seguridad, entre estos, tejidos como la membrana amniótica³¹⁹ para el empleo en oftalmología entre otros campos. Por último, sostiene que una declaratoria de inexecutable no daría lugar a un vacío normativo que llevara a usos incorrectos de órganos o tejidos fetales. Así también fue corroborado por el *Centro de Estudios sobre Genética y Derecho de la Universidad Externado de Colombia* al poner de presente que el empleo de órganos, tejidos y otros componentes anatómicos estaba autorizado legalmente en Colombia desde 1979.

Adicionalmente, el trámite legislativo que cumplió la ley acusada y que se recogió en el punto 23 de esta decisión, permite observar que el objeto de la misma (art. 1º) está dado en *ampliar* la presunción legal de donación de componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos, que según se explicó obedeció a la situación actual que vive el país por el *descenso dramático en la disponibilidad de componentes anatómicos* que se presenta desde el año 2013, lo cual se acredita con datos técnicos y estadísticos del Sistema Nacional de Información en Donación y Trasplantes, que ha llevado a acrecentar el tiempo de espera (lista) y con ello alejar la esperanza de vida o de mejores condiciones³²⁰.

evaluación de los efectos nocivos del ambiente en la salud. e. Al estudio de las técnicas y métodos que se recomienden o empleen para la prestación de servicios de salud. f. A la producción de insumos para la salud”.

³¹⁷ Para la enseñanza de las ciencias de la salud se incluyen embriones y fetos de todas las edades gestacionales, cuya fuente es o debe ser, la donación altruista.

³¹⁸ 30 de agosto de 2017. Boletín de prensa 116 de 2017. Investigaciones de Zika en embarazadas y niños avanza para descubrir efectos congénitos. Proyecto Zen.

³¹⁹ La amnio es la membrana interna del saco embrionario y fetal. Se utiliza en oftalmología par reconstruir y tratar lesiones de la superficie ocular, tanto en la córnea como en la conjuntiva, en tratamientos o quemaduras en, cirugía reparadora y maxilofacial. Tomado del Manual de Buenas Prácticas. Dirección provisión de servicios de salud hemocentro distrital Banco de Tejidos.

³²⁰ La exposición de motivos registra que el proyecto de ley obedeció al bajo índice de donaciones en Colombia y, por tanto, a la escasez de componentes anatómicos disponibles, por lo que se buscó reformular la política de donación y trasplante como último recurso de sobrevivencia, en la pretensión de una mayor concientización y cooperación con quienes se encuentran en la lista de espera (Gaceta del Congreso 489 de 2014).

De ahí que el articulado aprobado con la Ley 1805 de 2016, en contraposición del párrafo demandado, expone contenidos normativos sobre prescindir de la oposición de los deudos y/o familiares cuando existe consentimiento expreso o aplique la presunción legal de donación³²¹; dar claridad a la regulación de oposición a dicha presunción³²²; implementar estrategias de información a la población³²³; disponer las entidades del sector salud de recursos para promocionar la donación³²⁴; justificar los rescates de órganos y tejidos, definir criterios únicos nacionales de distribución y asignación, establecer una máxima autoridad (INS) y garantizar la cadena de custodia³²⁵; contar las IPS con personal y técnicos idóneos para detectar en tiempo real a los potenciales donantes³²⁶; reglamentar el procedimiento de retiro de componentes anatómicos³²⁷; prohibir la prestación de servicios de trasplante a extranjeros no residentes³²⁸; determinar factores para ingresar a la lista de personas en espera de donación³²⁹; establecer bancos o entidades habilitadas para la obtención, extracción, procesamiento y distribución de tejidos o de médula ósea³³⁰; crear una Comisión Intersectorial de Calidad para actualizar la reglamentación sobre la materia³³¹; instituir un criterio de prevalencia en trasplante³³²; permitir la donación por menores de edad³³³; determinar al INS como responsable del Registro Nacional de Donantes³³⁴; incrementar las penas por la comercialización de componentes anatómicos o contravenir la presente ley³³⁵; e implementar el sistema de Información Unificado de Componentes Anatómicos³³⁶.

24.2. Los contenidos mínimos del derecho fundamental a la salud que resultan comprometidos. Este análisis en palabras de la Corte debe efectuarse consultando la naturaleza del derecho y sus contenidos mínimos, a partir de lo dispuesto en la Constitución Política, los tratados internacionales de derechos humanos, así como su interpretación autorizada³³⁷.

Al respecto, basta con hacer referencia a los puntos 4, 5, 6, 11 y 13 de la presente decisión, que exponen principalmente: a) que la salud es un estado completo de bienestar físico, mental y social, y que comprende el derecho al nivel más alto de salud posible; b) es un derecho fundamental autónomo con dimensiones positivas y negativas; c) comprende elementos esenciales e interrelacionados como disponibilidad, accesibilidad y calidad e idoneidad

³²¹ Artículos 2º y 3º.

³²² Artículo 4º.

³²³ Artículo 5º.

³²⁴ Artículo 6º.

³²⁵ Artículo 7º.

³²⁶ Artículo 8º.

³²⁷ Artículo 9º.

³²⁸ Artículo 10.

³²⁹ Artículo 11.

³³⁰ Artículo 12.

³³¹ Artículo 13.

³³² Artículo 14.

³³³ Artículo 15.

³³⁴ Artículo 16.

³³⁵ Artículos 17 y 18.

³³⁶ Artículo 21.

³³⁷ Cfr. sentencias C-503 de 2014 y C-536 de 2012.

profesional; d) comporta principios como la universalidad, oportunidad, progresividad, eficiencia y solidaridad; e) involucra obligaciones para el Estado de respetar, proteger y garantizar; f) progresividad implica la satisfacción inmediata de niveles mínimos de protección y la prohibición de retroceder por el camino iniciado para asegurar la plena vigencia de los derechos; g) en materia de salud todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado se presume inconstitucional y sujeto a un control estricto; h) la potestad de configuración del legislador se reduce cuando produzca una disminución en el nivel de protección alcanzado, teniendo una carga rigurosa de justificación; i) la investigación científica es un derecho fundamental, con una función social, que debe promoverse por el Estado y cuyo objetivo es el bien común; j) la ley estatutaria en salud reconoce el acceso a los servicios y tecnología de salud, y radica en el Estado una política de innovación, ciencia y tecnología en salud; y k) como todo derecho la investigación científica tiene límites.

De esta manera, con la medida legislativa acusada, que según se ha establecido viola el principio de progresividad, resultan comprometidos los contenidos básicos del derecho fundamental a la salud en su componente de investigación científica.

24.3. Ausencia de justificación legislativa. Al haberse verificado que la medida legislativa acusada es regresiva y compromete contenidos esenciales del derecho fundamental a la salud, corresponde ahora a la Corte analizar si el legislador dio cuenta de las razones por las cuales desató el mandato de progresividad, ya que el Comité DESC ha indicado que *“las medidas de carácter deliberadamente retroactivo (...) requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto”*³³⁸.

También ha acogido la jurisprudencia constitucional la realización de un *test estricto de proporcionalidad* de llegarse a comprobar que la medida adoptada es efectivamente regresiva, que exige por parte del legislador demostrar que con la medida restrictiva busca una finalidad constitucionalmente imperiosa, que es adecuada y necesaria, y resulta estrictamente proporcional en términos del costo-beneficio³³⁹. Como criterio de determinación de la justificación, se ha requerido por la Corte que la medida regresiva haya sido adoptada:

*“luego de un análisis serio de las distintas alternativas posibles dentro de las cuales la escogida resulta ser la menos costosa para el conjunto de derechos que se encuentren involucrados”, siempre que esté soportada en ‘razones ciertas, claras, suficientes y contundentes’*³⁴⁰. *O también que las medidas regresivas ‘fueron cuidadosamente estudiadas y justificadas, y*

³³⁸ Consideración 10, Observación General 3 sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1º del artículo 2º del Pacto). Cfr. sentencias C-503 de 2014 y C-536 de 2012.

³³⁹ Sentencias C-644 de 2012 y C-444 de 2009.

³⁴⁰ Consideración 5.6.3, Sentencia C-507 de 2008.

*representan medidas adecuadas y proporcionadas para alcanzar un propósito constitucional de particular importancia' bajo la premisa de que 'no es necesario que la restricción promueva todos los derechos [del PIDESC]'*³⁴¹. Igualmente, la Corte ha considerado que las medidas regresivas no se encuentran justificadas cuando en el trámite legislativo no fueron discutidas las razones por las cuales la medida regresiva era necesaria, o cuando no fueron estudiadas otras alternativas menos lesivas, porque por ejemplo, 'no existen reportes sobre la existencia de un debate, en el curso del trámite legislativo de[la disposición demandada]' o no 'existan datos precisos sobre la real afectación [del contenido del derecho en cuestión]'³⁴². O debido a que 'no se vislumbra que la medida promueva la realización de otros derechos fundamentales' y que la misma 'no fue acompañada de ninguna justificación de porqué (sic) una medida menos lesiva no podía emplearse para el propósito de descongestión judicial'³⁴³. Sentencias C-503 de 2014 y C-644 de 2012.

Así las cosas, es claro que, en virtud del mandato de no regresividad, los cambios normativos que impliquen una disminución en las garantías de los derechos fundamentales como la salud (faceta positiva) deben estar debida o plenamente justificados -adecuada y suficientemente-, bajo razones constitucionalmente imperiosas que demuestren objetivamente la necesidad de adoptarlas³⁴⁴.

Continuando el examen de constitucionalidad en el asunto *sub-júdice*, conforme al punto 23 de la presente decisión, halla esta Corporación que el párrafo acusado vino a ser *incluido hasta el último debate* (cuarto) y *sin que mediara realmente una justificación* y menos un proceso de discusión mínima al interior del Congreso de la República, dado que solo se registra la afirmación "*en atención al escándalo que ha habido en los Estados Unidos*"³⁴⁵.

Del recuento del trámite del proyecto de ley no se observa ciertamente exposición alguna de razones, ni que se hubiere cumplido un debate sobre el segmento normativo acusado, por lo cual se está ante la ausencia de justificación respecto de la medida regresiva adoptada, que fue avalada por la mayoría de la Corporación.

La introducción del nuevo asunto a cargo de la Senadora ponente Paloma Valencia atendió una proposición aditiva de la Senadora María del Rosario Guerra de la Espriella, a la vez secundada por varios senadores³⁴⁶, que estuvo justificada en la simple afirmación de un suceso acaecido en los Estados Unidos. De esta forma, el aparte impugnado nunca estuvo presente durante el

³⁴¹Consideraciones 25 y 30, Sentencia C-038 de 2004.

³⁴²Consideración 5.6.3, Sentencia C-507 de 2008.

³⁴³Consideración 3.4.7, Sentencia C-372 de 2001.

³⁴⁴ Sentencias C-028 de 2018 y C-077 de 2017.

³⁴⁵ Gaceta del Congreso 91 de 2016, p. 97.

³⁴⁶ La proposición aditiva registra como fecha de presentación el mismo día de la sesión plenaria del Senado, es decir, 16 de diciembre.

debate legislativo hasta el momento previo de la aprobación del articulado en el cuarto debate, lo cual obedeció esencialmente a la premura con que se desarrolló la sesión plenaria ordinaria atendiendo la agenda (varios asuntos por discutir), el vencimiento del periodo de las sesiones ordinarias (16 dic./15) y la proximidad de la media noche como tiempo máximo para la aprobación del proyecto de ley.

Lo expuesto permite afirmar *ab initio* que la introducción en el cuarto debate del párrafo demandado no contó con la debida o plena motivación requerida, ni tampoco con espacios de reflexión por parte del órgano deliberativo por excelencia como lo es el Congreso de la República (principio democrático). Ello releva en principio a la Corte de realizar mayores disquisiciones sobre la validez constitucional de la medida prohibida, particularmente de agotar cada uno de los pasos del test estricto de proporcionalidad exigido ante este tipo de situaciones. Era, entonces, indispensable exponer y discutir por ejemplo las razones por las cuales la medida regresiva resultaba necesaria valorando otras alternativas menos lesivas o que se pretendía promover la realización de otros derechos fundamentales o avanzar en el desarrollo de otras facetas del derecho a la salud, todo lo cual definitivamente debía acompañarse de los datos y estudios que evidenciaran la necesidad de una disminución en el nivel de protección alcanzado y que, además, observara parámetros de razonabilidad y proporcionalidad.

La intervención registrada en el presente asunto por la *Senadora María del Rosario Guerra de la Espriella*, evidenciando que la inclusión del párrafo acusado cuando se desarrolló el debate legislativo atendió a la investigación que adelantó el Congreso de los Estados Unidos en contra de la ONG *Planned Parenthood*, tras filtrarse un video que exponía cómo abortar un feto para preservar sus órganos con fines de investigación médica, y los recursos económicos asociados a compartir ese tejido con los científicos, para la Corte aun cuando la instancia para su exposición era la célula legislativa o se desprendiera que era la justificación en ese momento que podría encontrarse, finalmente echa de menos el proceso mínimo de argumentación y discusión parlamentaria (orfandad en la justificación) cuando se profiere este tipo de prohibiciones legislativas.

Como lo anotó el *Centro de Estudios sobre Genética y Derecho de la Universidad Externado de Colombia*, el párrafo acusado no hizo parte del proyecto de ley original ni tampoco se registró en su trámite razón alguna que explicara la inclusión de la prohibición establecida. Consideró que se trató de un acontecimiento aislado -no de una práctica generalizada-, cuyo contexto legal y jurisprudencial en Estados Unidos no es coincidente con el previsto en Colombia, tampoco existía claridad en los términos en que resultaba prohibida la transferencia de tejidos fetales, ni fue fruto de una investigación judicial, para lo cual añadió que el país cuenta con un marco normativo y sancionatorio penal.

Dicho centro de estudios concluyó que el legislador no sustentó (carga argumentativa pertinente) la medida regresiva adoptada respecto del nivel de protección alcanzado, que ahora impide la utilización (órganos o tejidos de no nacidos abortados) terapéutica en la asistencia clínica, así como en proyectos de investigación dirigidos a nuevas estrategias en la prevención, tratamiento y cura de las enfermedades, con lo cual termina por suprimir la oportunidad de mayores expectativas de disponer del servicio de salud (posibles receptores), además de restringir el campo de actuación de los investigadores.

Comparte la Corte que se ha sustraído por el legislador, sin motivos jurídicamente relevantes (adecuados y suficientes) y con ausencia de deliberación pública, elementos de suma importancia en el ámbito de la asistencia clínica -derecho fundamental a la salud- y la investigación científica, encaminados a procurar el goce efectivo de un estado completo de bienestar físico, mental y social a la población colombiana, cuya utilización estaba ciertamente permitida. Así, se desconoció el derecho fundamental a la investigación científica por falta de justificación legislativa en la limitación del campo de acción, que a la vez afectó el derecho de las personas a participar de los beneficios del desarrollo científico, al impedir la posibilidad de aliviar el sufrimiento y mejorar la salud del individuo y de toda la comunidad³⁴⁷. Todo lo cual ocasiona la violación del derecho fundamental a la salud en sus elementos esenciales e interrelacionados de disponibilidad y accesibilidad principalmente.

Como se estableció, llevó fundamentalmente al desconocimiento del principio de progresividad del derecho fundamental a la salud en su componente de investigación científica, toda vez que antes de la aprobación de la Ley 1805 de 2016 el ordenamiento jurídico vigente en Colombia permitía la utilización de órganos o tejidos de no nacidos abortados, y con fines de trasplante. De esta manera, al incumplir la carga argumentativa necesaria y ocasionar con la prohibición establecida mayores limitaciones en el campo de la investigación científica (disponibilidad y accesibilidad en el derecho a la salud), derivó en una clara regresividad en el nivel de protección constitucional alcanzado. Ello se refleja en la norma impugnada al limitar el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho, así como se adoptó inopinadamente sin que se basaran en estudios cuidadosos, y menos se analizaron alternativas diferentes o que fueran menos lesivas, todo lo cual termina por hacer excesiva la medida regresiva.

De esta forma derivó indubitablemente en una orden contraria a la investigación médica y los fines de la docencia (acceso al conocimiento). El *Grupo de Investigación en Anatomía para la Educación de la Facultad de Medicina de la Universidad de los Andes* expuso que el uso de especímenes cadavéricos fetales representa una herramienta invaluable, procediendo a denotar el impacto directo tratándose del desconocimiento médico de las

³⁴⁷ Artículo 12 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.

malformaciones fetales por el personal de salud³⁴⁸, tanto para el profesional como para la población en general.

Es perceptible para este Tribunal la vulneración del principio de progresividad frente al nivel jurídico de protección constitucional alcanzado. La prohibición de donación y utilización de órganos o tejidos de no nacidos abortados, significa una regresión en el ejercicio del derecho fundamental a la salud (disponibilidad y accesibilidad), toda vez que se restringe inconstitucionalmente el progreso científico que se generaba con la investigación de tejidos fetales y que suponían progresos y hallazgos en materia de vacunas, medicamentos, defectos de nacimiento, repercusiones de virus como el Zika³⁴⁹, causas de abortos espontáneos, etc.³⁵⁰.

La medida legislativa acusada se expone regresiva respecto a la investigación en salud y el potencial existente en la generación de conocimiento. El *Centro de Estudios sobre Genética y Derecho de la Universidad Externado de Colombia* encuentra con la disposición demandada vulnerados los derechos a la salud, la libertad de investigación científica y a participar en los beneficios del desarrollo científico. Asegura que la escasez de órganos y tejidos para usos terapéuticos y no solo para trasplantes, hace que un buen número de personas que los necesitan para sobrevivir o para mejorar su calidad de vida, permanezcan más allá del tiempo clínicamente requerido en una lista de espera e incluso lleguen a morir sin tener acceso a la posibilidad de restablecer la salud.

Estas posiciones que la Corte resalta y comparte fueron secundadas en el trámite del asunto con otras intervenciones por algunos expertos en la materia, que se traen a colación por su relevancia en la resolución del presente asunto.

En *amicus curiae* del doctor Carlos María Romeo Casabona se afirma que se está ante una inconstitucionalidad por acción toda vez que la norma legal cuestionada termina *postergando* la tutela efectiva del derecho fundamental a la salud, sin que se le enfrente en realidad ningún otro derecho de igual

³⁴⁸ Afirma que “Para el profesional, reconocer la etiología, evidentemente multifactorial de estas alteraciones del desarrollo y las diferencias que entre éstas se encuentran permite no solo diagnosticar, sino definir la mejor conducta médica basada en la evidencia actual, asegurando el mejor tratamiento disponible a sus pacientes. Y el proceso de aprendizaje necesario para desarrollar estas destrezas, habilidades y competencias requiere el uso de especímenes reales que le permitan al profesional observar las estructuras y la disposición tridimensional de las mismas”.

³⁴⁹ Al margen de la intervención del Ministerio de Salud puede consultarse la página de la Organización Panamericana de la Salud y de la Organización Mundial de la Salud que exponen que muestras de líquido amniótico o de tejidos fetales podrían ser de utilidad, aunque esto se reserva para la investigación. <https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2016/zika-embarazo.pdf>

³⁵⁰ Al margen de la intervención del Ministerio de Salud puede consultarse un artículo del 7 de diciembre de 2015, Ciencia Kanija 2.0, sobre la investigación con tejido fetal se sostuvo: “Las cifras muestran que, en 2014, el NIH patrocinó 164 proyectos que usaban tejido fetal, con un coste de 76 millones de dólares. Esto es algo menos de la mitad de lo que la agencia gasta en trabajos con células madre embrionarias humanas (células ES), que también han sido muy controvertidos, y el 0,27% del gasto total de 27 900 millones de dólares en investigación. (En comparación, el Consejo de Investigación Médica del Reino Unido gastó el 0,16% — 1,24 millones de libras (1,9 millones de dólares) — sobre su presupuesto total en investigación en cinco proyectos que implicaban tejido fetal durante 12 meses hasta marzo de 2015). El análisis de los proyectos del NIH demuestra que el tejido se usó principalmente para investigación de enfermedades infecciosas, especialmente VIH/SIDA; en el estudio de la función y enfermedades de la retina; y en estudios de desarrollo normal y anómalo del feto”. <https://cienciakanija.wordpress.com/2016/02/18/analisis-sobre-la-investigacion-con-tejido-fetal/>

naturaleza o a un bien constitucional que justifique prohibición alguna relativa a la obtención de materiales biológicos de embriones o fetos para su trasplante. Hace notar que comporta una *limitación carente de justificación* al impedir que órganos o tejidos embrionarios o fetales puedan destinarse a su trasplante para personas que lo requieren, como procedimiento terapéutico que paulatinamente se ha extendido y permitido mejorar las expectativas de salud o vida de sus beneficiarios.

Agrega que gracias a la investigación científica en el ámbito clínico-médico-quirúrgico los trasplantes de órganos, tejidos y otros componentes anatómicos se han convertido en un recurso terapéutico en constante expansión, que ha salvado vidas o ha mejorado su calidad a miles de personas en todo el mundo, acogiendo importancia los componentes biológicos de embriones y fetos humanos, en particular las células troncales o madre, que permiten el desarrollo de líneas celulares específicas para su injerto en pacientes con pérdida funcional de células y tejidos (medicina regenerativa).

También el *Comité de Bioética INCUCAI, Ministerio de Salud y Desarrollo Social, de la Presidencia de la Nación, Buenos Aires*, expone que el avance científico demostrará la utilidad hacia el futuro de la investigación y su impacto en la salud pública. Por ello considera que la investigación básica y clínica debe considerarse hoy como un pilar fundamental y parte de la responsabilidad del Estado en el rol de garante de la atención de la salud y del ejercicio pleno de tal derecho.

Adicionalmente, el *Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social PAIS de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes* apunta que la restricción a la donación de órganos o tejidos fetales se traduce también en una violación del derecho a la salud de los neonatos (niños o niñas), porque se limita el acceso al derecho a la salud y al tratamiento necesario para restablecerla (necesidad de células madre), cuando el artículo 44 de la Constitución establece que sus derechos prevalecen sobre los demás³⁵¹. Añade que no solo se está restringiendo a los niños y niñas de la cura de aquellas enfermedades que se ha comprobado pueden ser curadas con el uso de células madre, sino también el acceso a órganos o tejidos que pueden permitirles sobrevivir o recuperar el uso de uno de sus órganos.

Finalmente, cabría agregar que aun cuando la Ley 1805 de 2016 tiene por objeto ampliar la presunción legal de donación de componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos, el párrafo acusado que hace parte de dicha legislación, va en contravía de su teleología al prohibir la

³⁵¹ Expone que “uno de los mayores ejemplos es la anemia neonatal la cual ‘tiene su origen en pérdidas sanguíneas, procesos destructivos de los GR o falta de producción. Las anemias secundarias a pérdidas hemáticas pueden originarse anteparto (hemorragia feto-materna o fetal), intraparto (accidentes obstétricos o malformaciones de los vasos de cordón o placenta) o posparto (hemorragias internas, exceso de extracciones sanguíneas). (Arca, G. & Carbonell-Estrany, X. (2008). Anemia neonatal. Asociación Española de Pediatría. Protocolos Diagnóstico Terapéuticos de la AEP: Neonatología. Retrieved February 17, 2018, from). Uno de los tratamientos más efectivos para la anemia es el uso de células madre el cual es reconocido por sus propiedades regenerativas en la sangre. Esta, entre muchas otras enfermedades, podrían ser curadas con el uso de órganos o tejidos fetales en adultos y especialmente en niños y niñas”.

donación y utilización de órganos o tejidos de los “niños no nacidos abortados”. Entonces, además de implicar una restricción injustificada cuando el objeto de la ley es la ampliación de la presunción legal de donación, definitivamente terminó desatendiendo la realidad social que llevó a la aprobación de la ley, con mayor razón tratándose de asuntos complejos y de la mayor relevancia jurídica, que imponían una motivación y un proceso de reflexión pública necesario.

Subregla de decisión

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

Al examinar la medida legislativa adoptada se encuentra que no se satisfizo la carga argumentativa necesaria y adecuada para su aprobación, por cuanto el Congreso de la República en ninguna de las discusiones justificó la necesidad de una disminución en el nivel de protección alcanzado en relación con la investigación y trasplante, y bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Pudo verificarse que con antelación a la Ley 1805 de 2016 existía un marco legal y reglamentario en materia de uso y donación de órganos o tejidos que incluía los fetales con fines de investigación en salud, además de las investigaciones en curso como lo afirmó el Ministerio de Salud y el Instituto Nacional de Salud.

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

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

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

De este modo, la Corte halla la exclusión del sistema de salud a toda una población de los beneficios de la investigación científica y del acceso al conocimiento, como esperanza de conservación de la vida y dignidad de las personas, que ya se encontraba incluido en una normatividad legal y reglamentaria destinada a asegurar contenidos propios del derecho fundamental a la salud en cuanto acceso y disponibilidad, constituye una medida regresiva respecto a la cual no se encontró justificación constitucional alguna, por lo que al constatar la involución en materia de salud, bajo la presunción de inconstitucionalidad ante la ausencia de razones constitucionales por el Congreso de la República, y conforme a los juicios de valor y pruebas recaudadas, declarará la inexecutable del aparte impugnado.

En esa medida, no se pronunciará sobre los demás cargos de inconstitucionalidad que exponían una ambigüedad e incoherencia normativa, la violación del derecho a la igualdad y la afectación de los derechos reproductivos de las mujeres por obstaculizar el acceso legítimo a la IVE de forma segura y sin limitaciones temporales, así como el desconocimiento del principio de unidad de materia (fenómeno de sustracción de materia).

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero. Levantar la suspensión de los términos en el presente asunto.

Segundo. Declarar **inexecutable** la expresión “*no pueden ser donados ni utilizados órganos o tejidos de los niños no nacidos abortados*”, contenida en el parágrafo 2º del artículo 2º de la Ley 1805 de 2016.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase y archívese el expediente.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Presidenta

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado
Con Salvamento de voto

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado
Con aclaración de voto

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado
Con aclaración de voto

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada
Impedimento aceptado

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

ANEXO 1

Intervenciones, *amicus curiae* y conceptos

Por la exequibilidad

1. **Senadora María del Rosario Guerra de la Espriella**³⁵². Inicia manifestando que el precepto impugnado fue una proposición de su autoría en la discusión del proyecto en la plenaria del Senado, cuyo objetivo era *“prohibir la donación y utilización de órganos o tejidos de los niños no nacidos abortados, tal y como quedó consignado en la Gaceta 91 de 2016 del Senado”*. Explica que la inexequibilidad *“afectaría la dignidad humana al incentivar abortos para la comercialización de fetos”*. Además, precisa que *“no pretende discutir la legalidad del aborto en las 3 modalidades definidas por esta Corte, sino ahondar en el tratamiento jurídico de la medida y argumentar que la prohibición no afecta directa o indirectamente el derecho a la salud”*.

Indica que la literatura internacional ha demostrado una correlación positiva entre el incentivo del aborto para fines científicos, la comercialización de fetos y la pérdida progresiva del respeto a la vida humana. De este modo, afirma que el *“dramático utilitarismo de los fetos ha incentivado que se multipliquen los bancos de células y tejidos procedentes de abortos provocados”*³⁵³. *Ello atenta contra la dignidad humana. Ejemplifica este fenómeno la investigación que adelantó el Congreso de los Estados Unidos en contra de la organización Planned Parenthood tras filtrarse un video y comprobarse que analizaba con detalle gráfico cómo abortar un feto para preservar sus órganos, ello con fines de investigación médica, así como los altos recursos económicos asociados a compartir ese tejido con los científicos*³⁵⁴.

Sostiene que la vida del no nacido hay que preservarla por lo que a juicio del Congreso no es compatible con la dignidad humana incentivar abortos para la comercialización o donación de fetos para el desarrollo científico. Halla la preceptiva conforme a los compromisos internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño, que garantizan la protección y cuidado especial, incluso la debida protección legal antes y después del nacimiento. No encuentra vulnerado el principio de progresividad del derecho a la salud, porque la normatividad que la precede (leyes 9/79 y 73/88, y Decreto reglamentario 1172/89), instituye también la protección de la dignidad humana.

2. **Fundación Nacional de Trasplantados**³⁵⁵. En materia de derecho comparado sobre donación de tejidos fetales resalta inicialmente su ausencia en razón de la influencia ética que impide una legislación clara y expresa, así

³⁵² Recibido el 02 de mayo de 2018.

³⁵³ Rae SB. (Publicación en línea). “The Ethics of fetal tissue transplantation”. <http://www.equip.org/articles/the-ethics-offetal-tissue-transplantation>

³⁵⁴ United States Congress. Committee on oversight and government reform. Disponible en <https://oversight.house.gov/interactivepage/plannedparenthood/>

³⁵⁵ Recibido el 06 de marzo de 2018 y suscrito por Gloria Cecilia Calle Uribe.

como el desistimiento de proyectos legislativos para aprobar tales prácticas. Luego de referir a la regulación existente en España, Gran Bretaña, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Unión Europea y Estados Unidos sostiene que *“el trasplante de tejidos fetales puede considerarse como uno de los grandes logros y avances en la medicina, gracias a su implementación en enfermedades como el Parkinson o la enfermedad de Huntington, que son las denominadas ‘degenerativas’ o ‘neurodegenerativas’, caracterizadas por ser uno de los mayores retos para la medicina, precisamente por la dificultad de encontrar un tratamiento verdaderamente efectivo, que logró ver esperanzas en el trasplante de tejidos fetales”*.

Manifiesta que las ventajas y la expectativa sobre el trasplante de tejidos fetales no siempre han tenido éxito, como ha sucedido con las células hepáticas fetales a pacientes con talasemia, las células tímicas fetales a pacientes con el síndrome de Di George y las células neuronales fetales a pacientes con Parkinson³⁵⁶. En cuanto a los aspectos éticos determina que los nuevos conocimientos sobre la biología han permitido la revolución de la medicina regenerativa, potencializando el empleo de las células madre que se convertirían en diferentes tejidos. Tales avances, informa, que han despertado en la población cierta expectativa de cura de las enfermedades como el Alzheimer, Huntington o Corea de Huntington y Parkinson, generando un debate ético sobre la procedencia de las células madre embrionarias y el uso de embriones humanos.

Señala que la obtención de las células fetales ocasiona problemas como el uso de los tejidos para fines de investigación o tratamiento por medio de fetos abortados espontáneamente y el uso de los resultados de abortos voluntarios. El problema ético se centra en los últimos, puesto que la ética médica acepta con mayor facilidad la utilización de los fetos abortados espontáneamente, que dejaría por fuera cualquier tipo de intención oculta como la comercialización o creación de mercados negros o la ayuda a cualquier familiar de la mujer (o interesados) que decide abortar, donde la utilización de células fetales sea vital para la supervivencia. Afirma que la ética médica cobra suma importancia por lo que se deben tomar las medidas indispensables para evitar que los abortos se hagan con la finalidad de proporcionar material para la investigación, comercialización o con finalidades estéticas. Como *parámetros mínimos* que la ética médica ha empleado para la realización de tales procedimientos se instituyen:

“1. La muerte fetal debe estar previamente establecida. En ningún caso se justifica la prolongación de las funciones vitales con miras a la obtención de tejidos en un periodo tardío. 2. El consentimiento informado. Se debe informar a la madre, a excepción de la interrupción voluntaria, en el que se dispondría después de la evacuación uterina. El consentimiento debe presentarse obligatoriamente antes del aborto. Este último aspecto, con la

³⁵⁶ *Ibidem.*

finalidad de evitar las intenciones ocultas antes mencionadas. 3. Eficacia. Ya que aún no está bien definido el balance riesgo/beneficio, debido al porcentaje de éxito es todavía muy bajo; y además el riesgo de morir como consecuencia del tratamiento o tener alguna complicación es alto. 4. Tiempo y vía de evacuación. Ni el tiempo del aborto, ni el método o la vía de evacuación deben ser modificados. Estos dos elementos deben siempre determinarse en función de la mujer y no del material a obtener. 5. La no comercialización de estos tejidos es de rigor. Se debe eliminar toda clase de incentivos por un aborto, así como el recurso a países pobres y de alta natalidad como proveedores de material embrionario y fetal. 6. El anonimato debe quedar totalmente garantizado, y en ningún caso una mujer puede decidir o designar el receptor de su tejido fetal. 7. En toda clínica debe estar prohibido el realizar un aborto a una mujer con la única motivación de donar el tejido fetal³⁵⁷”.

Explica que de no cumplirse al menos una de ellas se haría inaceptable la utilización del tejido fetal por las implicaciones que tendría su omisión. Como otro punto de análisis ético menciona la producción de líneas de células madre embrionarias humanas³⁵⁸. Por último, estima que aun cuando la demanda contenga el resultado de una extensa y rigurosa investigación que resulta de gran valor y encajarían para un futuro proyecto de ley, la decisión debe ser de exequibilidad al no verificarse la violación del texto fundamental y al tratarse de un ejercicio de libertad de configuración legislativa.

3. Instituto Colombiano de Derecho Procesal³⁵⁹. En cuanto a la supuesta violación del derecho a la salud no advierte una medida regresiva, porque hace parte de la libertad de configuración legislativa, máxime si antes de la aprobación no había decisión legislativa que lo permitiera o lo prohibiera. En cuanto a contrariar la investigación médica señala que no fue demostrada, siendo una norma de carácter general que el legislador consideró conveniente incluir.

Respecto a la presunta ambigüedad de la expresión “niño no nacido abortado” aduce que *“ha de entenderse como un ser en gestación que no culminó su proceso natural de gestación para alcanzar esa categoría de niño, esto es, de persona si se separa completamente del vientre materno y supervive un momento siquiera”*. Encuentra inexistente la violación del derecho a la igualdad, ya que persisten las categorías de niños y de *nasciturus*, sin que genere ningún trato discriminatorio respecto a los padres de unos y otros,

³⁵⁷ Asociación de Personal Docente Jubilado de la Universidad Politécnica de Madrid – Instituto de Ingeniería de España, General Arrondo No. 38 Madrid. Aspectos Éticos en relación con el procedimiento o forma de la utilización de tejido fetal.

³⁵⁸ Transcribe el siguiente aparte: *“En este sentido, nadie acepta que se pague a quien dona los embriones para investigación, pero hay empresas que parecen estar dispuestas a registrar, patentar y comercializar esas líneas celulares. Este es un tópico sobre el cual surgirán, sino existen ya, muchas contradicciones desde el punto de vista ético, pues no es razonable que embriones donados para fines médicos, se lleguen a convertir en productos biológicos comercializables que por otra parte, por razones más bien financieras, no llegarían a todos los que los necesitan.”* Hernández Ramírez, Porfirio. Aspectos Éticos en el empleo de las células madre, Instituto Hematología e Inmunología.

³⁵⁹ Recibido el 06 de marzo de 2018 y firmado por Alfredo Beltrán Sierra.

además que el Congreso no acogió la explicación de que se quería evitar la venta de tejidos fetales con ocasión del escándalo presentado en los Estados Unidos³⁶⁰.

Sobre la violación de los derechos reproductivos y el acceso a servicios de salud reproductiva que pueda ser utilizada para establecer el momento en que pueden practicarse la IVE, considera que no guarda armonía con la norma acusada ni con la interpretación de la propia accionante. Finalmente, respecto a la vulneración del principio de unidad de materia informa que no se cumple la demostración de la falta de correspondencia con el resto del articulado del proyecto, así como pesa la carga de evidenciar la irrazonabilidad de la disposición.

4. Fundación de Católicos de Colombia Solidaridad³⁶¹. Afirma que la parte accionante omite señalar las desventajas del uso de tejidos fetales en trasplantes que informa el mismo artículo citado en la demanda³⁶². Anota que la experiencia internacional ha expuesto la existencia de riesgos para el receptor del trasplante atendiendo el grado de equivocidad de las técnicas, el carácter experimental y la incertidumbre sobre la eficacia³⁶³. Afirma que la Comisión Especial designada por la Cámara de Representantes de los Estados Unidos en su informe final de 2016 desmiente los beneficios de la investigación científica³⁶⁴.

De otro lado, sobre el supuesto desarrollo de una medida regresiva en cuanto al derecho a la salud indica que por las características de la práctica del aborto y las consecuentes secuelas psicológicas que implica para la madre, los restos del feto abortado *“se encuentran bajo la custodia del personal que presta el servicio público de salud, razón por la cual es jurídicamente inadmisibles la afirmación de que estuvo permitida en algún momento la disposición de los órganos y tejidos fetales (...), ya que precisamente por tratarse de un servicio público y de un derecho fundamental, el Estado debe garantizar las condiciones de prestación del mismo, por lo cual es legítimo y razonable que sea éste el que imponga límites y condiciones para la realización (...)”*.

Aduce que nunca existió el permiso legítimo para disponer de órganos o tejidos de “niños no nacidos abortados”, pues aunque antes de la promulgación no existía una prohibición expresa en la Ley 9 de 1979, no puede interpretarse como una autorización para el efecto, máxime cuando el Código Penal (art. 204) sanciona prácticas de irrespeto contra los restos mortales. Respecto a la imposición de una orden contraria a la investigación médica encuentra que carece de pertinencia al no estar protegida por la Constitución como valor,

³⁶⁰ Puso de presente la Gaceta del Congreso 91 de 2016.

³⁶¹ Recibido el 22 de marzo de 2018 y suscrito por el Director Ejecutivo Samuel Andrés Ángel Aponte.

³⁶² García Fernández, D. (2011). Marco Jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos fetales en México y en Colombia. La intervención transcribe, entre otros, el siguiente aparte: *“En resumen, la experiencia clínica en el tratamiento de enfermedades del adulto con trasplantes de tejidos fetales ha sido muy costosa, muy desalentadora y poco prometedora.”*

³⁶³ Gafo J. Ética y Legislación en Enfermería. Universitat S.A. Madrid. 1994.

³⁶⁴ Alude que también incluye una tabla, que presenta a continuación, donde se demuestra que el aporte a la experimentación es prácticamente nulo y su incidencia no es fundamental para el desarrollo de investigaciones biomédicas.

principio o derecho. De la educación que garantiza la Constitución explica que no se extrae un deber constitucional de protección de la investigación científica, como tampoco se puede predicar la violación de obligaciones internacionales, ya que las garantías anunciadas corresponden a libertades personales.

En cuanto a la vulneración de la igualdad estima que de declararse inconstitucional no se materializaría el trato igualitario, porque al perder eficacia la prohibición el supuesto sobre el que se fundamenta se integraría a la presunción legal de donación, produciendo un desenlace en el que los padres del “niño no nacido abortado” son despojados de la oportunidad de decidir sobre los restos mortales del hijo, mientras que los padres de niños nacidos la conservan. En este escenario, el consentimiento de la madre puede estar viciado (conflicto de interés) al buscar mediante el aborto procurado conseguir beneficios causándole la muerte al propio hijo, incluso en los tres supuestos que permitió la sentencia C-355 de 2006.

Sobre la unidad de materia estima que si bien el objeto de la Ley 1805 de 2016 es la de ampliar la presunción legal de donación de componentes anatómicos para fines de trasplante y otros usos terapéuticos, *“ello no obsta para que, en el libre ejercicio de su libertad de configuración, el legislador disponga límites razonables a actividades que estima indeseadas como efecto de las disposiciones que el mismo establece.”* Encuentra que la disposición tutela el bien jurídico de la vida humana de redes de tráfico de órganos y tejidos.

En intervención posterior³⁶⁵ se pronunció acerca del *amicus curiae* presentado por el Dr. Carlos María Romeo Casabona, indicando que la violación del derecho a la salud soportado en la presunción de que los componentes anatómicos de origen fetal son útiles para fines terapéuticos, vino a ser desvirtuado por los demás expertos intervinientes en el asunto. Afirma que la intervención del Estado no determina el éxito del hipotético desarrollo futuro, por lo que está llamado únicamente a ejercer la obligación de asegurar que la prestación se realice de forma eficaz, digna y razonable, determinando restricciones a la práctica médica ante tratamientos experimentales con repercusiones en los pacientes.

5. Movimiento Vida por Colombia³⁶⁶. Con la acusación presentada estima que se ha desconocido la definición de aborto, además que continúa penalizado en el país bajo las excepciones dispuestas en la sentencia C-355 de 2006. Entiende que el precepto demandado persigue la protección de la vida desde la concepción y durante la gestación *“para impedir que se cometa un acto criminal en contra de ellos para luego utilizarlos en estudios científicos, experimentos o trámites médicos.”*

³⁶⁵ 14 de febrero de 2019, en respuesta al traslado de los experticios técnicos requeridos y ordenados en providencia del 12 de diciembre de 2018.

³⁶⁶ Recibido el 16 de marzo de 2018 y suscrito por Jairo E. Gallo Escallón y Gloria Y. Martínez Rivera.

Halla que los “niños no nacidos abortados” no pueden ser objeto de donación ni utilizados sus órganos o tejidos al faltar su consentimiento durante su vida, que no puede ser sustituido por sus deudos y/o familiares³⁶⁷. Además de estimar que se convertiría en una causa u objeto ilícito y no constituye un bien objeto de apropiación por la madre, la familia ni el Estado, trayendo a colación la Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁶⁸ para desprender la protección de la vida desde la concepción. Igualmente, destaca que no existe derecho de propiedad sobre ningún cadáver, ni por el Estado ni por los familiares, trayendo como fundamento la sentencia C-933 de 2007.

Desde el punto de vista moral observa que la donación de órganos “*es un `acto noble y meritorio y debe ser alentado como manifestación de solidaridad generosa ´ siempre y cuando la muerte del niño NO sea la causa de la donación por lo cual ésta debe tener como principio general la gratuidad que es la esencia de toda donación, ya que se corre el riesgo de que se convierta en una fuente de ingresos para algunas empresas comercializadoras que no tendrían problema en aprovechar la situación de pobreza y vulnerabilidad de muchas mujeres para ofrecerles embarazarse y luego de un tiempo (que podría llegar a ser peligrosamente indeterminado) inducir las al aborto a cambio de una contraprestación económica`*”.

Al discurrir sobre el problema ético señala que por la impresión psicológica que causa en las madres que han abortado el que ellas dieran su consentimiento, “*sería la vía moral lógica a realizarse que la mujer que aborta tendría derecho a consentir si dicho material se usa o no en fines terapéuticos. (...) Es necesario que quienes realizan el proceso de donación lo hagan a través de cadenas de control y protección (...)*”. Considera indispensable evaluar los riesgos que conlleva al existir objeciones respecto al uso de los injertos fetales dado que: i) incentiva la colaboración al aborto, ii) permite la utilización arbitraria del *nasciturus*, iii) genera riesgos para la mujer y iv) convierte al feto en un objeto.

6. Universidad del Rosario³⁶⁹. Afirma que la norma demandada no desconoce la Constitución, al propender por la protección de la salud y la vida humana, que tienen aplicación no solo desde el nacimiento sino a partir de la concepción. No halla desconocido el derecho a la igualdad, toda vez que los niños no son propiedad de sus padres y la única razón para poder tomar decisiones que los comprometa es la protección del interés superior, no siendo correcto afirmar que los progenitores tengan el derecho a donar sus órganos como si fueran una mercancía.

Sostiene que la dignidad humana no solo es aplicable a las personas nacidas sino a todos los seres humanos desde la concepción, ya que no solo es un derecho sino también un valor y un principio, por lo que a) la autonomía se

³⁶⁷ Art. 2º, parág. 1, Ley 73/88, modificado por art. 3º, Ley 1805/16.

³⁶⁸ Arts. 1.2, 4.1 y 4.2.

³⁶⁹ Recibido el 05 de marzo de 2018 y suscrito por Álvaro Garzón Alarcón.

lesiona gravemente cuando el ser humano es simplemente empleado como un objeto para la donación de órganos, afectando su naturaleza y la vida; b) el respeto a los muertos es esencial en cualquier sociedad civilizada y se enmarca dentro del derecho a la muerte digna; y c) se debe considerar a los individuos no solo como un conjunto de bienes y órganos sino como individuos intangibles que deben respetarse.

Por último, expone que la norma impugnada defiende el bien jurídico de la vida humana de redes de tráfico de órganos. Indica que esta requiere de una protección absoluta como unidad biológica social, independientemente de criterios de oportunidad, conveniencia o rentabilidad social, por lo que su protección no exige viabilidad alguna entendida como aptitud para continuar con vida.

7. Universidad de La Sabana³⁷⁰. En cuanto a la presunta vulneración del derecho a la salud por impedir la progresión de la ciencia médica esgrime: primero, que en el marco de la investigación científica no es indispensable el uso de órganos o tejidos de bebés abortados para su avance y, segundo, puede conllevar el estímulo perverso que promueve la práctica del aborto. Al desarrollar el primer argumento precisa que las células madre pueden ser extraídas de embriones, de la médula ósea o del cordón umbilical, por lo que no es indispensable usar los tejidos u órganos de bebés abortados para su obtención³⁷¹. Agrega que existe una controversia mundial sobre el uso de las células embrionales por razones éticas, por lo que no es cierto que sea necesaria la utilización de tejidos u órganos de bebés abortados para permitir el progreso de las investigaciones médicas.

Sobre el segundo argumento desprende que la demanda *“disfraza al aborto como un bien legítimo y necesario para el crecimiento de la sociedad y lo que es peor lo promueve bajo el discurso de una práctica indispensable para la obtención de órganos de bebés abortados, esto en últimas desconoce el carácter inexorablemente excepcional de la práctica del aborto la cual, salvo en tres casos muy específicos, sigue constituyendo un delito en el ordenamiento jurídico colombiano, circunstancia que revela que el Estado y la sociedad colombiana siguen concibiendo dicha práctica como un mal individual y social”*. Afirma que *“el legislador tiene amplia libertad configurativa para proteger bienes constitucionales (en este caso la vida del ser humano en gestación) y para evitar la maximización de conductas que no se pueden considerar moralmente buenas (la práctica del aborto) aunque legalmente permitidas.”*

De esta manera, encuentra que no resulta irrazonable ni desproporcionado prohibir la donación de órganos en los casos de seres humanos abortados, toda

³⁷⁰ Recibido el 05 de abril de 2018 y suscrito por miembros activos de la Clínica Jurídica Isabella Gómez Palomino, Juan Nicolás Cortes Galeano, Fabio Enrique Pulido Ortiz y José Miguel Rueda Vásquez.

³⁷¹ En la intervención se citan: Arbos, A., Nicolasu, F., Quetglas, M., Ramis, J.M., Monjo, M., Muncunill, J., ... & Gayá, A. (2013). Obtención de células madre mesenquimales a partir de cordones procedentes de un programa altruista de donación de sangre de cordón. *Inmunología*, 32(1), 3-11.

vez que la prohibición tiene *“en primer lugar, un fin legítimo (proteger la vida en gestación), en segundo lugar, la medida resulta idónea para lograr ese fin (la prohibición de donar implica eliminar los incentivos para realizar abortos) y, tercero, la medida es necesaria. Sobre este último aspecto, y en gracia de discusión, sería posible diferenciar entre abortos espontáneos y abortos provocados. En tanto la posibilidad de donar órganos en los casos de abortos espontáneos no implica incentivo alguno para la práctica de abortos, entonces podría pensarse que existe una medida menos restrictiva: prohibir la donación solo para los casos de abortos provocados.”*

Considera que la expresión “niños no nacidos abortados” lo que hace es incluir dos características adicionales que brindan mayor claridad sobre el alcance del término. El vocablo “no nacido” es equivalente a la del *nasciturus*, lo cual hace parte del margen de configuración legislativa, adicionando dos características “niño” y “abortado”, que como elementos auxiliares del concepto de no nacido no pueden entenderse violatorias de la Constitución. Tampoco encuentra vulnerado los derechos sexuales y reproductivos, porque la expresión cuestionada: i) no impide la obtención de información por las mujeres que desean optar por el aborto en los casos señalados por la Corte; ii) no iguala ni jurídica ni gramaticalmente los derechos del *nasciturus* con los del niño; y iii) nada tiene que ver con las decisiones autónomas que una persona pueda tomar sobre tratamientos e intervenciones que afectan su desarrollo sexual.

Respecto al principio de unidad no encuentra su violación, pues *“el juicio de conexidad está satisfecho al existir relación temática entre el contenido del párrafo acusado y el contenido de la ley en general, toda vez que este establece una prohibición para la donación de órganos y tejidos fetales y la temática de la ley es la donación de componentes anatómicos. Finalmente, es necesario aclarar que aun cuando el objetivo de la ley es ampliar la presunción de la donación de órganos en Colombia, esto no implica que el Congreso no pueda imponer las limitaciones que considere necesarias en ejercicio de su libertad de configuración legislativa”*.

En escrito posterior³⁷², respecto del *amicus curiae* del Dr. Carlos María Romeo Casabona, encuentra que afirmar que el aborto por sí mismo es un bien legítimo y necesario para el desarrollo científico y social resulta inadmisibles, porque se estaría promoviendo abiertamente el mismo, por lo que reafirma la constitucionalidad de la prohibición legal establecida al proteger la vida en gestación, eliminar los incentivos para realizar abortos y prohibir la donación solamente en los casos de abortos provocados.

8. Universidad ICESI, Coordinación de postgrado en Cirugía de Trasplantes de Órganos Abdominales³⁷³. Se limita a exponer que la Ley

³⁷² 14 de febrero de 2019, en respuesta al traslado de los experticios técnicos requeridos y ordenados en providencia del 12 de diciembre de 2018.

³⁷³ Recibido el 09 de marzo de 2018 y suscrito por Luis Armando Caicedo R., Jefe Unidad de Trasplantes Fundación Valle de Lili.

1805 de 2016 refiere a la donación de órganos o tejidos con fines de trasplante, esto es, *“con un objetivo terapéutico, en ningún momento menciona fines de docencia o investigación”*. Determina como objetivo de la ley aumentar el número de donantes para trasplante y fortalecer la donación bajo la dirección del Instituto Nacional de Salud; así mismo, brindar transparencia al proceso de donación y trasplante permitiendo una trazabilidad en la disposición de cada uno de los componentes anatómicos.

Precisa que los órganos y tejidos de embriones y de fetos no son utilizados en Colombia ni en el resto del mundo con fines terapéuticos. Explica que *“en un mundo científico que avanza a grandes pasos, particularmente en el campo de células madre, medicina regenerativa, ingeniería de tejidos es responsabilidad del Estado reglamentarlo para así garantizar una investigación seria y responsable”*. Considera el enunciado “no nacidos abortados” como un término inadecuado que podría reemplazarse por embriones y fetos.

En escrito posterior³⁷⁴ destaca que cada vez es más grande la brecha entre la demanda y la oferta de órganos y tejidos, y de ahí la necesidad de la ley aprobada que debe acompañarse de una educación masiva. Indica que para el trasplante de órganos la utilización de tejidos fetales no es viable, sin embargo, tales tejidos abren un mundo interesante para la investigación y es posible que en un futuro constituya una alternativa en la terapia de los enfermos.

Por la exequibilidad condicionada

9. Academia Colombiana de Jurisprudencia³⁷⁵. Solicita la exequibilidad del parágrafo acusado en el entendido que *“no pueden ser donados ni utilizados órganos o tejidos de los nasciturus por aborto inducido sin justificación alguna”*. Manifiesta que los embriones y fetos son titulares de derechos fundamentales exigibles concomitante y en igualdad de condiciones con los de la madre gestante a quien se le ampara los derechos a la vida digna, salud y derechos sexuales y reproductivos, salvo las excepciones dispuestas por la Corte sobre el aborto.

Estima que el aparte impugnado surgió en el debate legislativo³⁷⁶ que a pesar de su *lacónica argumentación* es puntual en que se buscaba evitar la venta de órganos o tejidos fetales dado lo sucedido en los Estados Unidos. Por lo tanto, desprende que la protección de la vida en gestación viene a ser interrumpida sin que medie justificación alguna, al cosificarse a los embriones y fetos que son puestos en el comercio. Señala que *“cuando se ha interrumpido el embarazo con propósito diferente a los enmarcados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que puedan conllevar a la eventual comercialización de los tejidos y órganos sean embrionarios o fetales para redundar en la salud*

³⁷⁴ 11 de diciembre de 2018.

³⁷⁵ Recibido el 07 de marzo de 2018 y firmado por la académica Cándida Rosa Araque de Navas.

³⁷⁶ Gaceta del Congreso 91 de 2016.

de la población en general o para estudios médicos o científicos, (...), deben ceder a los derechos (...) mencionados. (...). En este orden de ideas, se impondría declarar la exequibilidad condicionada de la expresión (...)”.

Por la inexecutableidad³⁷⁷

10. Ministerio de Salud y Protección Social³⁷⁸. Argumenta que la prohibición de la donación y utilización de órganos o tejidos de los “niños no nacidos abortados” significa *“una regresión en el ejercicio del derecho a la salud, como quiera que se restringe el progreso científico a través de la investigación (...), estudios que podrían suponer avances en materia de vacunas, medicamentos, defectos de nacimiento, repercusiones de virus como el Zika, causas de los abortos espontáneos, entre otros. Todo ello, (...) fundamentado en la existencia de un marco regulatorio que vela por la bioseguridad y por la protección de la dignidad humana (...) y de los derechos fundamentales de las personas”*. Halla que dentro del mismo marco *“existe en la práctica la utilización de componentes anatómicos fetales”*, para indicar que la disposición acusada *“impone una prohibición que vulnera los derechos fundamentales a la salud y a la igualdad, dado que implica un retroceso en la disponibilidad de componentes anatómicos para efectuar docencia e investigación científica, y representa una barrera para el avance de la tecnología hacia el goce efectivo (...). A su vez, (...) supone una discriminación que no tiene fundamentos en aspectos técnicos (...)*”.

Luego de hacer referencia al marco regulatorio sobre la donación de componentes anatómicos y la investigación científica³⁷⁹, desprende que con anterioridad a la expedición de la Ley 1805 de 2016 y hasta la actualidad *“existe toda una estructura normativa y regulatoria basada en el respeto a la dignidad humana, al derecho a la salud, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad (...). Así mismo, existe claridad en que el rescate de órganos y los procedimientos de trasplante son de competencia exclusiva de las instituciones prestadoras de servicios de salud (...); la obtención de tejidos y la práctica de cualquiera de las actividades relacionadas con la obtención, extracción, procesamiento y distribución (...), deberá hacerse por banco de tejidos sin ánimo de lucro autorizados para tal fin por el INVIMA; el Instituto Nacional de Salud es la máxima autoridad administrativa frente a la estructura y organización de la Red de Donación y Trasplantes de Órganos y Tejidos y el Estado es el garante de la cadena de custodia durante todo el proceso de la donación y uso de los órganos y tejidos. Así mismo, (...) se ha*

³⁷⁷ Aunque algunos conceptos no exponen de manera clara una pretensión inexecutableidad la Corte procederá a inscribirla en ella siempre que pueda desprenderse de sus contenidos.

³⁷⁸ Recibido el 21 de agosto de 2018 y suscrito por la apoderada del Ministerio de Salud y Protección Social Luz Dary Moreno Rodríguez.

³⁷⁹ Alude i) a la Ley 9 de 1979 (arts. 516, 528 y 540 a 547); ii) a la Ley 73 de 1988 (arts. 3 y 7) precisando que *“no se encuentra la exclusión de los componentes de los que trata el parágrafo demandado y sí se hace expresa la prohibición de recibir cualquier tipo de compensación en dinero o en especie por la donación o suministro de los componentes anatómicos”*; iii) a la Ley 919 de 2004 (art. 1, reformulación prohibición de comercialización); iv) al Decreto 2493 de 2004 (art. 15); v) a las resoluciones 5108 de 2005, 2640 de 2005, 1065 de 2012 y 2003 de 2014; vi) a la Ley 1805 de 2016 (arts. 1, 2, 7, 17 y 18) y vii) a la Resolución 481 de 2018.

expresado la prohibición e incluso penalización de la comercialización o símiles de componentes anatómicos”.

Lo anterior para señalar que la declaratoria de inconstitucionalidad del párrafo impugnado *“no dejará un vacío legal en el tema que, (...) está amplia y fuertemente estructurado en defensa de la dignidad humana. Por el contrario, sí se evidencia que dicha limitación no existía con anterioridad a la expedición de la ley en estudio y que, conforme al rápido avance de las tecnologías en salud, representa una barrera en el goce efectivo del derecho a la salud”.* Argumenta que previo a la expedición de la Ley 1805 de 2016 en Colombia *“sí había una reglamentación en materia de uso de tejidos, específicamente fetales, con fines de investigación en salud”.* Cita la Resolución 8430 de 1993³⁸⁰ para resaltar las acciones dispuestas, el reconocimiento de la prevalencia de la dignidad humana y la protección de los derechos, particularmente la inclusión de un capítulo que trata sobre la utilización de embriones, óbitos y fetos, para lo cual pone de presente los artículos 30³⁸¹, 35³⁸² y 43³⁸³. Agrega que se contempló la creación de un Comité de Ética en toda institución que realice investigación biomédica, además que con la Resolución 3823 de 1997³⁸⁴ se estableció que los proyectos de investigación en medicamentos deben ser evaluados por el INVIMA, quien debe remitir informe al Ministerio de Salud.

Afirma que en materia de investigación en salud el párrafo demandado constituye una medida regresiva y contraria a la investigación en salud, ya que reconociendo el potencial existente en la generación de conocimiento, *“en Colombia existen lineamientos normativos que regulan y limitan esta actividad y que han dado lugar a importantes investigaciones, como por ejemplo en los efectos en la salud derivados del Zika, con lo cual la prohibición de utilizar componentes anatómicos fetales en investigaciones científicas, impide que se avance en importantes investigaciones en salud en el país”.* De igual modo, explica que para efectos de investigaciones en salud que incluya componentes anatómicos fetales que estén por fuera del útero, *“si corresponden a un término de gestación de 20 semanas o pesan menos de 500 gr, estos pueden ser considerados como producto de un aborto, independientemente de que este haya sido espontáneo o inducido, toda vez que se produjo una interrupción en el embarazo independientemente de que haya*

³⁸⁰ Por la cual se establecen las normas científicas, técnicas y administrativas para la investigación en salud.

³⁸¹ *“Para realizar investigaciones en mujeres embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio y lactancia; en nacimientos vivos o muertos; de la utilización de embriones, óbitos o fetos; y para la fertilización artificial, se requiere obtener el consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o compañero de acuerdo a lo estipulado en los artículos 15 y 16 de este reglamento, previa información de los riesgos posible para el embrión, feto o recién nacido en su caso. El consentimiento informado del cónyuge o compañero solo podrá dispensarse en caso de incapacidad o imposibilidad fehaciente o manifiesta para proporcionarlo; porque el compañero no se haga cargo de la mujer o, bien, cuando exista riesgo inminente para la salud o la vida de la mujer, embrión, feto o recién nacido.”*

³⁸² *“Durante la ejecución de investigaciones en mujeres embarazadas: a) Los investigadores no tendrán autoridad para decidir sobre el momento, método o procedimiento empleados para terminar el embarazo, ni participación en decisiones sobre la viabilidad del feto. b) Queda irrestrictamente prohibido otorgar estímulos, monetario o de otro tipo, para interrumpir el embarazo, por el interés de la investigación o por otras razones.”*

³⁸³ *“Las investigaciones con embriones, óbitos, fetos, nacimientos muertos, materia fecal macerada, células, tejidos y órganos extraídos de éstos, serán realizadas de acuerdo con lo dispuesto en este reglamento.”*

³⁸⁴ Por la cual se crea la Comisión Asesora de Ciencia y Tecnología del Ministerio de Salud y se dictan normas para regular las actividades de desarrollo científico en el sector salud.

sido una interrupción involuntaria o voluntaria, esta última en el marco de lo conceptualizado a través de la sentencia C-355 de 2006 (...). (...) Para el caso de las mujeres cuya interrupción del embarazo haya sido involuntario, el artículo demandado contraviene la posibilidad de investigar las causas de este tipo de pérdidas a través de la donación con fines de investigación de los restos fetales, vulnerando los derechos reproductivos de aquellas (...) que presentan abortos espontáneos o repetición cuyas causas solamente podrían esclarecerse a través de la investigación científica”.

Resalta que dentro del marco normativo mencionado en el país se han empleado órganos o tejidos fetales en materias de docencia y de investigación en salud³⁸⁵, así mismo, *“se realizan los trasplantes que han demostrado su eficacia y seguridad, y entre esos, se encuentran trasplantes de tejidos tales como la membrana amniótica³⁸⁶ tanto para su uso en oftalmología como en otros campos”³⁸⁷*. Ello le permite manifestar que mantener la prohibición legal acusada significa *“la imposibilidad de hacer uso, en términos de donaciones o investigaciones en salud, de componentes anatómicos de origen fetal que pueden resultar tan beneficiosos o más que la membrana amniótica”*. También advierte en cuanto a la expresión “niños no nacidos” un error desde el punto de vista técnico, además del que se evidencia en materia jurídica y jurisprudencial. Observa que de conformidad con el artículo 90 del Código Civil y su desarrollo jurisprudencial *“no hay lugar a tal expresión ‘niños no nacidos’, toda vez que pretende la creación de un nuevo sujeto de derechos, que implica una contradicción fáctica y jurídica al unir ‘niños’ con ‘no nacidos’, lo cual carece de sentido”*.

Deduce que al no realizar la norma impugnada ninguna distinción en el tipo de aborto, *“involucra las diferentes definiciones del mismo³⁸⁸ y por lo tanto representa una prohibición, entre otras cosas, para el uso de componentes anatómicos de origen fetal en las investigaciones en salud de las muertes fetales³⁸⁹, cuyas causas raramente se reportan y la mayoría se desconocen³⁹⁰ y pueden representar un campo de investigación en salud muy importante”*. De otra parte, estima que se vulnera el derecho a la igualdad *“al discriminar la voluntad de la mujer gestante, dejándola sin valor al tratarse de órganos o tejidos de origen fetal producto de un aborto, dado que su voluntad sí se*

³⁸⁵ Hace referencia al proyecto Zika en Embarazadas y Niños (ZEN) liderado por el Ministerio de Salud, el Instituto Nacional de Salud, la gobernación de Santander y los Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades (CDC) de Estados Unidos. También se expone el Informe de Gestión del INS de 2017. <http://participación.ins.gov.co>

³⁸⁶ *“La membrana amniótica o amnio es la membrana interna del saco embrionario y fetal. Se utiliza en oftalmología para reconstruir y tratar lesiones de superficie ocular, tanto en la córnea como en la conjuntiva, en tratamiento de quemaduras, en cirugía reparadora y maxilofacial.” Tomado de Manual de buenas prácticas. Código: SDS-PSS_MN-002 V. Dirección provisión de servicios de salud hemocentro distrital banco de tejidos.”*

³⁸⁷ Se exponen algunos datos sobre casos que se han tratado por la aplicación de la membrana amniótica fetal. <http://saludcapital.gov.co>

³⁸⁸ En textos médicos se define el aborto según el peso del producto, menor a 500 gr. o las semanas de gestación, menos de 20 semanas.

³⁸⁹ Según el DANE la definición de muerte *in útero* es: *“muerte de un producto de la concepción, antes de su expulsión o extracción 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. (<http://www.dane.gov.co>).”*

³⁹⁰ Véase, Molina S., Alfonso D.A., *“Muerte fetal anteparto: ¿es una condición prevenible?”*.

atiende, y se da valor a su consentimiento para permitir el uso si es después del nacimiento (como ocurre con la membrana amniótica que es considerado(sic) un tejido fetal”³⁹¹.

Asegura que el párrafo acusado no estuvo presente en el proyecto de ley inicial 091 de 2014 de la Cámara de Representantes por lo que el Ministerio de Salud no rindió concepto sobre el mismo, ni tampoco en el texto aprobado por la Comisión Primera del Senado. Así infiere que con la inexequibilidad no se genera un vacío que origine incorrectos usos de órganos o tejidos fetales, que encuentra necesario declarar para dar coherencia a las disposiciones legales y regulatorias en materia de sujetos de derecho y donación, trasplantes, docencia e investigación en salud, al contrariar la protección y goce efectivo de los derechos fundamentales a la salud, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad.

11. La Mesa por la Vida y la Salud de las mujeres³⁹². Precisa que el contenido de la intervención se circunscribe al cargo por violación del derecho a la igualdad y los derechos reproductivos, anunciando como esquema de resolución: *“En primer lugar, (...) como la expresión ‘niños no nacidos abortados’ desconoce el alcance de la protección constitucional dada al nasciturus y reconocida en el ordenamiento jurídico nacional, así como en instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. En segundo lugar, (...) la expresión (...) refuerza los estereotipos en torno a la interrupción voluntaria del embarazo (...) y, (...) generaría una regresión en términos de la prestación del servicio de IVE por cuanto podría utilizarse para la interposición sistemática de barreras de acceso al servicio, afectando así sus condiciones de accesibilidad y disponibilidad. Por último (...) la prohibición (...) atenta contra la autonomía, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de la mujer, protegidos por la Constitución Política y la sentencia C-355 de 2006”.*

Estima que la expresión “niños no nacidos abortados” busca de manera inconstitucional extender la personalidad jurídica que se predica de las personas humanas a la vida prenatal, otorgando la titularidad de derechos fundamentales al no nacido, aun cuando solo las personas (nacidas) son titulares de derechos³⁹³. Encuentra que el estatus legal de la vida prenatal ya fue definido en Colombia y su protección no abarca el de persona al no nacido sino el de bien constitucionalmente protegido³⁹⁴. Halla la expresión “niños no

³⁹¹ Evidencia tal violación de la igualdad tratándose de mujeres gestantes que se consideren así mismo como madres, por ejemplo, quien sufre un aborto espontáneo en el transcurso de su gestación dado que existe una distinción derivada del sentimiento de maternidad.

³⁹² Recibido el 02 de abril de 2018 y suscrito por la Coordinadora Juliana Martínez, la Asesora Jurídica y de Incidencia Ana María Méndez, la Abogada de Acompañamiento de Casos Diana Marcela Sastoque y la Integrante María de los Ángeles.

³⁹³ Citando a Madrazo Alejandro sostiene que la narrativa de la defensa de la personalidad prenatal no es tomada en serio por quienes la defienden, sino como un medio o una estrategia de los grupos que se oponen a las leyes favorables al aborto, para justificar restricciones a los derechos sexuales y reproductivos, el control sobre sus cuerpos y el ejercicio de sus derechos. Narrativas sobre la personalidad jurídica prenatal en la regulación del aborto. En Cook, Erdman, Dickens. El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias. México. 2016.

³⁹⁴ Menciona la sentencia C-355 de 2006.

nacidos abortados” incoherente a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, al desconocer reglas de técnica jurídica y otorgar un alcance inadmisiblemente constitucionalmente, que *“más allá de un error semántico y sintáctico, reproduce y crea realidades simbólicas discriminatorias que podría traer un efecto jurídico negativo frente al ejercicio pleno de los derechos fundamentales de quienes sí ostentan la categoría de persona, como el caso de las mujeres que deciden ejercer su derecho fundamental a la IVE”*.

De otra parte, explica que una de las estrategias desarrolladas por La Mesa para hacer seguimiento a la implementación de los estándares jurídicos en la IVE es la asesoría legal a mujeres que buscan acceder a servicios de aborto legal y seguro, y que pueden enfrentar barreras³⁹⁵. Evidencia la relación existente entre estereotipos y estigmas que se presentan en torno a la IVE y la creación de barreras de acceso a los servicios de salud para las mujeres. Al referir a los estereotipos de género cita al Comité de la CEDAW, Recomendación General 25 (párrafo 38), que reiteró la necesidad de los Estados parte de acelerar la modificación y la eliminación de prácticas culturales, y actitudes y comportamientos estereotípicos que discriminan a la mujer o la sitúan en posición de desventaja³⁹⁶.

Determina que *“mediante el uso de un lenguaje inexacto se puede contribuir a reprobar a las mujeres que optan, en ejercicio de su autodeterminación, por un aborto, y a validar la descripción de los fetos como sujetos con atributos de personalidad o características similares a las de los nacidos. Lo que tiene como consecuencia el uso habitual y normalizado de expresiones que descalifican a las mujeres que solicitan la IVE y a los prestadores de estos servicios, tales como ‘abortistas’ o ‘asesinos/as’³⁹⁷”*. Acto seguido, señala que la expresión “niños no nacidos abortados” menoscaba el derecho de las mujeres a tomar decisiones sobre su cuerpo y proyecto de vida, imponiendo la carga de la reproducción y profundizando el estigma sobre los prestadores y las mujeres que ejercen su derecho a la IVE.

Expone que la categoría empleada propicia escenarios en los que las mujeres pueden ser objeto de violencia psicológica, tratos crueles, coacción y discriminación en razón de su decisión reproductiva. Encuentra que con ello se facilita la presentación de barreras como la solicitud de requisitos adicionales, uso incorrecto de la objeción de conciencia, afectación de la intimidad y dignidad, no reconocimiento de la autodeterminación, desestimación del derecho al diagnóstico, exigencias de orden judicial, etc. Deduce que la expresión “niño no nacido abortado” es *“equivoco, inexistente y se presta para confusiones entre los prestadores de salud y operadores de justicia, que con esta situación pueden reforzar los estereotipos y estigmas, lo que a su vez recae en las mencionadas barreras. Luego la categoría ambigua*

³⁹⁵ Informa que La Mesa acompañó 1089 mujeres en la garantía del derecho fundamental a la IVE.

³⁹⁶ Alude a Cook Rebecca J. y Cusack Simone, Estereotipos de Género, Perspectivas Legales Transnacionales, así como a Erving Goffman, Estigma, La identidad deteriorada.

³⁹⁷ Kumar, Anuradha, Leila Hessini, and Ellen M H Mitchell, 2009. Conceptualising Abortion Stigma. Culture, health & sexuality 11(6):625-39.

(...) se puede convertir en una excusa y obstáculo a la hora de garantizar el derecho fundamental a la IVE, motivo por el cual debe declararse inconstitucional”.

Conforme a lo expuesto, señala que la expresión “niños no nacidos abortados” vulnera el alcance de la protección constitucional del *nasciturus* al incluirse una expresión inexistente e incoherente a la luz de la Constitución, la jurisprudencia constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, e igualmente al introducir expresiones que dan calidad de persona al feto. Así mismo, es una manera indirecta de investir con el derecho a la vida a una entidad que no es persona, pretendiendo que se reconozca tácitamente dicho estatus al feto, lo que contraría el marco internacional y local. De igual modo, refuerza los estereotipos en torno a la IVE, ya que profundiza el estigma sobre las mujeres que voluntariamente deciden interrumpir su embarazo, fomentando prejuicios que tiene como efecto reforzar conductas de violencia y discriminación³⁹⁸.

12. Federación Colombiana de Municipios³⁹⁹. Señala que el *nasciturus* al no alcanzar a ser una persona impide considerar la operatividad de la presunción legal de donación. Sin embargo, no observa razón alguna que imposibilite la donación en los otros eventos previstos en el artículo 1° de la ley, es decir, el consentimiento de los deudos o abandono del cadáver, porque todo cuanto el ordenamiento y las consideraciones que han llevado a la Corte a concluir el derecho de los parientes a la disposición del cadáver, aplican igual cuando se trata de quien alcanzó a nacer como respecto de la criatura que no alcanzó a culminar el proceso. Agrega que en el proyecto de ley inicial no se contempló el párrafo demandado, ni siquiera en las ponencias, sino que apareció en las últimas instancias del trámite legislativo, por lo que si el fundamento para la inserción de dicho texto es el mencionado por la accionante la falta de razonabilidad salta a la vista.

³⁹⁸ En escrito posterior de 20 de abril de 2018 La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres acompaña dos CDs que contienen argumentos científicos que refuerzan el primer cargo (derecho a la salud) alegado por la accionante. Al hacer la revisión se encuentran 43 referencias distintas sobre las investigaciones de tejidos fetales y temas afines extraídos de diarios extranjeros, revistas especializadas, informes de expertos y casos de la justicia estadounidense. Entre otros pueden mencionarse: i) caso núm. 16-15360, Corte de Apelaciones del 9° circuito de los Estados Unidos. Federación Nacional de Aborto vs. Centro de Progreso Médico, Servicios de Adquisición Biomax, LLC. David Daleiden, alias Robert Daoud Sarkis, y Troy Newman; ii) Encuentro Anual 2017 de la Asociación Americana para el Avance de la Ciencia al servicio de la sociedad a través de la ciencia política; iii) Noticias en Foco. Reanimación de células fetales para el Parkinson por Alison Arbott. 12 de junio de 2014; iv) Datos sobre investigación de tejido fetal de la Sociedad Americana para la Biología Celular. Marzo de 2000; v) Noticias: La sonda del tejido fetal perturba a la comunidad científica. Biotecnología Natural. Volumen 34, núm. 5, mayo de 2016; vi) Aumento de órganos por Cassandra Willyard. 30 de julio de 2015; vii) Investigación en tejidos fetales: preguntas frecuentes. Servicio de investigación congressional. Julio 31 de 2015; viii) Biología del desarrollo: fronteras para la genética clínica. Embrión humano e investigación precoz del feto. Ostrer H. Wilson Genética Clínica. 2006; ix) Investigación de tejidos fetales: un arma y una víctima en la guerra contra el aborto. Heather D. Boonstra, 2016; x) Tejido precoz y cultivo celular en el desarrollo de vacunas. La historia de las vacunas. 2016; xi) Ética en el trasplante de tejidos fetales. Lee M. Sanders, Linda Giudice y Thomas Raffin, Medicina Fetal. 1993; xii) Declaración de apoyo a la investigación de tejido fetal. Congreso Americano de Obstetras y Ginecólogos. Marzo 30 de 2016; xiii) La verdad acerca de la investigación de los tejidos fetales. Meredith Wadman. 10 de diciembre de 2015; y xiv) Fallido tejido fetal. Alta Charo. Diario de medicina Nueva Inglaterra. 3 de septiembre de 2015. Confróntese, traducción libre.

³⁹⁹ Recibido 02 de marzo de 2018 y suscrito por el Director Ejecutivo Gilberto Toro Giraldo.

13. Universidad Externado de Colombia, Centro de Estudios sobre Genética y Derecho⁴⁰⁰. Informa que *“en Colombia, la escasez de órganos y tejidos para usos terapéuticos -no solo para trasplante- hace que un buen número de personas que los necesitan para sobrevivir o para mejorar su calidad de vida, permanezcan más allá del tiempo clínicamente idóneo, en lista de espera e incluso lleguen a morir sin tener acceso a esa posibilidad de conservar la vida o restablecer la salud”*. El empleo de órganos, tejidos y otros componentes anatómicos, afirma que está autorizado legalmente en el país desde 1979, las cuales se han desarrollado para estimular directamente la donación para superar la escasez, consagrando la presunción de donación, bien ampliando su alcance primitivo, e indirectamente mediante una cuidadosa reglamentación que aseguren el respeto de los derechos de los donantes vivos y de los receptores, los procedimientos de rescate, asignación y circulación de los elementos biológicos, la administración de la Red Nacional de Trasplantes, la lista de espera, entre otros.

Encuentra que la prohibición de donación y utilización de órganos o tejidos de los “niños no nacidos abortados” *“no tiene un fundamento médico, salvo cuando se trate de componentes infectados con VIH u otros agentes infecciosos o patógenos, para lo cual no es necesaria disposición especial (...) porque existe norma general de garantía de la salud de los receptores”*. Tampoco halla que se fundamente en razones de orden público, por cuanto: *“a) si los órganos y tejidos disponibles son el resultado de abortos espontáneos, se estaría ante un hecho ‘de la naturaleza’ del cual no es predicable contrariedad con el criterio mencionado. b) Si provienen de interrupciones voluntarias de la gestación que no caen en el tipo del delito de aborto, de acuerdo con la sentencia C-355 de 2006, la jurisprudencia y las normas legales han reglamentado y desarrollado la materia, no cabe duda que su procedencia se ajusta a derecho*⁴⁰¹”.

De otra parte, aduce que lo demandado no hacía parte del proyecto original y la razón que podría explicar la prohibición no aparece en la exposición de motivos⁴⁰². El escándalo -no resultado de investigación judicial- involucra a la ONG Planned Parenthood, *“cuyo contexto legal y jurisprudencial de Estados Unidos no coincide con el nuestro; además, en algunas noticias se afirmó que en ese país estaba prohibida la transferencia de tejidos fetales, sin aclarar debidamente los términos de la prohibición que, por lo demás, coinciden con el propósito de las leyes penales colombianas*⁴⁰³: *perseguir y lograr que no se incurra en conductas consideradas ilegales o ilícitas, especialmente porque implican colocar en el comercio los órganos y tejidos humanos*⁴⁰⁴; *no se trata de una prohibición general. Además (...), puede indicar que se trata de un*

⁴⁰⁰ Recibido el 06 de marzo de 2018 y suscrito por Emilssen González De Cancino.

⁴⁰¹ En el caso de órganos y tejidos fetales que se obtienen dentro de una actuación tipificada como delito de aborto la gran pregunta es la de saber si la donación de estos tienen objeto ilícito o no, pues aunque las cosas no *son per se* ilícitas, cuando constituyen el objeto en el cual se concreta una prestación la apreciación de la licitud de esta cobra particular importancia.

⁴⁰² Acta 40 de la Plenaria del Senado, sesión de 16 de diciembre de 2015.

⁴⁰³ Código Penal Colombiano artículo 122 y Ley 919 de 2004 artículo 2°.

⁴⁰⁴ U.S. Code, Title 42 Chapter 6A Subchapter III Part H 289 g-2 –Prohibitions regarding human fetal tissue (...).

acontecimiento aislado, no de una práctica generalizada y por lo tanto no puede ser convertida en motivo para una limitación a la libertad personal en otros países”.

Encuentra que al no existir una razón de peso para fundamentar la prohibición legal establecida, *“impide su utilización terapéutica en la asistencia clínica, así como su empleo en proyectos de investigación dirigidos a encontrar nuevas estrategias en la prevención, tratamiento y cura de enfermedades y, en consecuencia, suprime la oportunidad de conservar la salud y la vida de los posibles receptores y restringe el campo de actuación de los investigadores”.* Agrega que la ausencia de justificación para introducir el parágrafo acusado vulnera la salud al ir en contravía del principio de progresividad de los derechos, *“al sustraer, sin motivos jurídicamente relevantes, elementos muy importantes en el campo de la asistencia clínica y la investigación científica dirigidas a procurar (...) el goce de ‘un estado de completo bienestar físico, mental y social’⁴⁰⁵, elementos cuyo empleo no estaba prohibido con anterioridad”.* El legislador no sustentó la prohibición por lo que incumplió la carga argumentativa pertinente, observando que la medida no parece razonable ni necesaria para impedir la vulneración de los derechos.

De otro lado, observa que la expresión “niño no nacido abortado” resulta ambigua, la cual significa que la prohibición solo refiere a los que resulten de la práctica del delito del aborto. No obstante, el término *“no se puede aplicar ni a los embriones, ni a los fetos, pues niños son las personas nacidas que están en las franjas de edad establecida por las leyes⁴⁰⁶”.* Se niega la posibilidad de donar órganos o tejidos a quienes, de haberse producido el nacimiento, serían padres y madres y, por ende, son los encargados de tomar las decisiones concernientes a la criatura en gestación que no ha llegado a nacer: embriones, fetos y *nascituri*, precisando que tratándose de la interrupción voluntaria del embarazo la decisión corresponde a la mujer. Halla el desconocimiento de la igualdad, porque *“en circunstancias análogas: muerte del hijo ya nacido (niño) o frustración del nacimiento con vida del que está por nacer (nasciturus) permite a los primeros y le niega a los segundos el ejercicio de una facultad que contribuye significativamente al logro de objetivos ciudadanos valorados en forma notablemente positiva: solidaridad, ejercicio del derecho a la salud, salvaguarda del derecho a la vida, desarrollo de la investigación científica, y es expresión de autonomía persona dentro del ámbito de libertad que el derecho no puede desconocer sin razones plenamente justificadas⁴⁰⁷”.*

14. Universidad Nacional de Colombia, Departamento de Morfología⁴⁰⁸. No encuentra razón alguna para que la ley impida la donación de órganos o partes anatómicas de fetos abortados; por el contrario, con ello se favorecería

⁴⁰⁵ Tal es la definición de salud emanada de la OMS (...).

⁴⁰⁶ Así lo establece la sentencia C-355 de 2006 al exponer que el embrión no es persona. También la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica.

⁴⁰⁷ Sentencias C-178/14, T-030/17, entre otras.

⁴⁰⁸ Recibido el 08 de marzo de 2018 y suscrito por el Director Carlos Arturo Florido Caicedo.

a los receptores. Sobre los aspectos éticos del asunto⁴⁰⁹ indicó que el principio que estaría en cuestión sería el de la autonomía del donante que está preservado en la ley para los mayores de edad, no obstante, no es posible aplicar tal principio a los menores (son los padres quienes deberán decidir) y mucho menos los fetos abortados (estarían en similares condiciones).

15. Universidad del Valle, Departamento de Ginecología y Obstetricia⁴¹⁰. En relación con el vocablo “niño no nacido abortado” encuentra que médicamente es confuso y permite diferentes interpretaciones, concluyendo en la ambigüedad del mismo. Informa que para la medicina tal concepto no existe. Manifiesta que en este momento la donación de membranas amnióticas está legalizada en Colombia dentro del manejo y utilización por bancos de tejidos y reglamentada por el INVIMA, sin que se conozca la razón por la cual se prohíbe la donación de órganos o tejidos fetales. Informa que permitirla *“estimularía (...) la investigación, la docencia, la biotecnología y los avances terapéuticos, lo cual es supremamente importante visto desde el desarrollo científico y social. Por lo tanto, se considera que la legalización de la donación de tejidos fetales es adecuada para la sociedad y se necesita para el avance biotecnológico en Colombia”*. Como recomendaciones a la legalización de la donación de tejidos fetales identifica: *“-Que el tejido fetal por ningún motivo sea remunerable. -Que existan excepciones para la utilización eficiente de este tipo de tejidos. -Debe realizarse en determinados casos consentimiento informado claro y detallado para la madre (...). -Las entidades de salud que realizan abortos legales, no se les debe permitir beneficiarse de la utilización del tejido fetal -debe ser debidamente reglamentado con sus excepciones incorporadas-. -No causar problema social aduciendo la libertad de las mujeres para provocarse abortos para que sean utilizados los tejidos fetales”*.

16. Universidad de los Andes

Facultad de Derecho, Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIS)⁴¹¹. Considera que el párrafo acusado introduce un concepto inexistente e inconstitucional que vulnera los derechos sexuales y reproductivos, y los derechos a la igualdad y a la salud. Expone: a) que el concepto de “niño no nacido abortado” no solo es inexistente en el sistema jurídico sino que su formulación es contraria al desarrollo conceptual realizado por la jurisprudencia constitucional y las normas civiles sobre la definición de persona, además del impacto por la introducción de un concepto *sui generis* en el desarrollo constitucional de los derechos sexuales y reproductivos, cuando los supuestos de hecho que busca regular ya han sido establecidos en el sistema jurídico bajo otras figuras; b) las implicaciones negativas por la introducción de tal concepto frente a la efectividad de los derechos sexuales y reproductivos, al otorgar al *nasciturus* una categoría distinta y contraria a la desarrollada en

⁴⁰⁹ Consulta realizada a la doctora Clara Arteaga Díaz.

⁴¹⁰ Recibido el 03 de abril de 2018 y suscrito por Enrique Herrera C.

⁴¹¹ Recibido 14 de marzo de 2018 y suscrito por la Directora Paula Torres, el Asesor Jurídico Federico Isaza, las estudiantes e integrantes activas María José Perea y Laura María Montaña.

la jurisprudencia constitucional y que ha sido fundamental para el desarrollo y ejercicio de otros derechos como la IVE; y c) la no superación del test de igualdad al tratar de forma injustificadamente desigual a las personas que tienen el poder de decisión sobre el *nasciturus* y a las padres de la persona que nace, limitando la autonomía de los primeros frente al futuro de los órganos y tejidos del no nacido, y aplicando de manera errónea la protección que la Corte ha dado a los *nasciturus* respecto a la conferida a la persona que nace, pues aunque en ambos casos se protege la vida es más rigurosa la protección cuando se trata de una persona (nacida) que de un *nasciturus* (expectativa de vida).

Enfatiza en que el debate legislativo que rodeó la inclusión del párrafo demandado consistente en mencionar que era una prohibición necesaria para evitar que en Colombia ocurriera un escándalo similar al acaecido en Estados Unidos respecto a la donación de órganos de los *nasciturus*, no resulta suficiente para cambiar 22 años de jurisprudencia. Asevera que el párrafo acusado, desconociendo la jurisprudencia constitucional, *“le da una protección mayor al nasciturus restringiendo la autonomía de sus de sus personas gestantes frente a qué hacer con sus órganos y tejidos que al niño, quién se considera persona ante el derecho colombiano, ya que a las personas representantes del menor de edad que se les permite tomar una decisión en cuanto al futuro de sus órganos y tejidos. (...) (L)a diferencia en este caso se está haciendo en contravía del precedente constitucional al asumir la categoría del nasciturus como una mayor protección constitucional que al niño, quien es reconocido como persona de especial protección de acuerdo a la Constitución y jurisprudencia”*.

Considera que si bien existe una distinción fáctica entre la situación del *nasciturus* y del menor de edad, el trato otorgado no tiene justificación alguna, porque en ambos casos no se estaría protegiendo el bien jurídico de la vida, toda vez que para ser donador de órganos o tejidos se debe reconocer médicamente con muerte cerebral. En cuanto a la *relación entre el medio y el fin* encuentra que la medida es enteramente desproporcionada de acuerdo con el fin que buscaba el legislador con la prohibición de la presunción de donaciones para menores de edad, atendiendo los escándalos nacionales e internacionales sobre tráfico de órganos infantiles. Afirma que se está ante una medida discriminatoria que resulta desproporcionada frente al fin buscado, al restringir de manera arbitraria la voluntad de los progenitores del *nasciturus* sobre el futuro de los órganos o tejidos de su hijo bajo el fundamento del escándalo que hubo en Estados Unidos. El legislador no solo falló en soportar el trato desigual a los progenitores del *nasciturus*, sino que en la sustentación de la importancia de la medida para proteger a los menores de edad dejó claro que lo primordial es que no haya una presunción de donación y que la decisión se tome de una manera informada, conociendo las ventajas y desventajas de la donación.

En cuanto a la vulneración del derecho a la salud aduce que la donación de órganos tiene como finalidad *“prolongar la expectativa de vida de aquellos*

sujetos que tienen una disfunción absoluta de uno de sus órganos". Indica que la recepción de un órgano donado puede ser la única alternativa con la que se cuenta para disponer de un órgano funcional. Las donaciones fetales han demostrado ser *"las mejores recibidas por el cuerpo humano ya que tiene una capacidad de adaptabilidad porcentualmente mayor a la de los órganos de una persona cuyo cuerpo ya se ha desarrollado"*⁴¹². Expone que la restricción a la donación de órganos o tejidos fetales constituye una violación de la salud de los niños (neonatos) y de las personas con necesidad de células madre para tratamientos médicos, al limitarse el acceso al derecho a la salud y a los tratamientos para restablecerla, máxime cuando los menores de edad, particularmente menores de un año, tienen especial protección constitucional. Si bien hay un uso extensivo de los órganos o tejidos de los *nasciturus* en adultos, los órganos van principalmente a los niños (neonatos)⁴¹³, anotando que uno de los tratamientos más efectivos para la anemia es el uso de células madre el cual es reconocido por sus propiedades regenerativas en la sangre, que, entre otras enfermedades, podría ser curada con el uso de órganos o tejidos fetales en adultos y especialmente en niños y niñas.

Concluye que con el párrafo impugnado *"no solo se está restringiendo a los niños y niñas de la cura de aquellas enfermedades, que se han comprobado pueden ser curadas con el uso de células madre, sino también el acceso a órganos o tejidos que pueden permitirles sobrevivir o recuperar el uso de uno de sus órganos. De igual manera, se está restringiendo el derecho a la salud (...) al restringir el acceso a las células madre que han demostrado ser esenciales en procedimientos regenerativos. Vemos que la norma está protegiendo sin mayor fundamento al nasciturus, (...) y no protege, como ha dicho la Corte reiteradas veces, de manera prevalente el derecho de los niños y niñas a la salud"*.

Facultad de Medicina, Salud Pública⁴¹⁴. Sostiene que la donación de tejidos fetales teniendo en cuenta las salvedades bioéticas resulta pertinente y deseable para la salud pública. Anota que el tejido fetal tiene unas ventajas que derivan de su naturaleza como fuente de células madre y que incluyen *"su capacidad de multiplicarse con mayor velocidad y facilidad, se pueden diferenciar en distintos tipos de células, tiene muy poca probabilidad de rechazo en el sitio de implantación, tiene mejor habilidad de crecimiento y pueden sobrevivir con menos oxígeno que otros tipos celulares, entre otras"*. Rememora que los estudios con tejidos fetales iniciaron desde la década de 1920⁴¹⁵, que se han realizado principalmente para la cura y manejo de múltiples enfermedades

⁴¹² Instituto Nacional de Salud (2016). Informe ejecutivo corte a diciembre de 2016. <http://www.ins.gov.co>

⁴¹³ Trae como ejemplo la anemia neonatal que tiene su origen en *"pérdidas sanguíneas, procesos destructivos de los GR o falta de producción. Las anemias secundarias a pérdidas hemáticas pueden originarse anteparto (hemorragia fetomaternal o fetofetal), intraparto (accidentes obstétricos o malformaciones de los vasos de cordón o placenta) o posparto (hemorragias internas, exceso de extracciones sanguíneas)"*. Arca, G., & Carbonell-Estrany, X. (2008). Anemia neonatal. Asociación Española de Pediatría. Protocolos Diagnóstico Terapéuticos de la AEP: Neonatología. Retrieved February 17, 2018, from.

⁴¹⁴ Recibido el 08 de junio de 2018 y suscrito por el profesor asociado Luis Jorge Hernández Flórez.

⁴¹⁵ Hurst AF, Tanner WE, Osman AA Addison's Disease, with Severe Anaemia, treated by Suprarenal Grafting. Proc R Soc Med. 1922; 15:19-20.

asociadas con degeneración celular. A grandes rasgos explica que dicho proceso consiste *“en el trasplante de células obtenidas de tejidos embrionarios o embriones, con el fin de reemplazar tejidos lesionados o degenerados. Estos tejidos se obtienen de abortos provocados, que son coordinados con el trasplante para garantizar la viabilidad de estas células⁴¹⁶. También se ha utilizado para estudiar vacunas, biología celular, desarrollo de enfermedades, fisiología, fisiopatología entre otras ramas”*.

Dentro de las principales investigaciones realizadas con dichos tejidos se establecen *“las relacionadas con enfermedades neurológica, principalmente enfermedad de Parkinson, una enfermedad neurodegenerativa causada por la muerte de células encargadas de producción de dopamina (...) a nivel cerebral. Los estudios se fundamentan en la capacidad de estos tejidos y células de regenerar las neuronas dopaminérgicas, gracias a las características pluripotenciales de estas células, donde se ha encontrado mejoría neurológica en pacientes que han sido tratados con implantes de células de origen fetal⁴¹⁷. También se ha estudiado en la enfermedad de Huntington, otra enfermedad neurodegenerativa que afecta en las esferas cognitiva, psicológica y en los movimientos de las personas, esto se produce por daño celular en los núcleos de la base (encargados de movimiento, entre otras funciones), del cerebro. Estudios preclínicos (en laboratorio) y clínicos han demostrado mejorar la función de personas que sufren de esta enfermedad al utilizar células de la eminencia ganglionica (tejido fetal que da origen a los núcleos de la base)”*.

Al realizar una búsqueda en la literatura médica para argumentar y dar a conocer el panorama actual de la investigación, expuso un resumen de los más relevantes divididos por patologías (diabetes, lesión medular, accidente cerebrovascular, piel, huntintgton, pulmón, ataxia). Extrae de la literatura y los artículos científicos que *“no se hace diferencia entre los distintos componentes y órganos fetales involucrados, pues la búsqueda arrojó resultados de investigación con membranas amnióticas, placenta, tejidos sólidos y células, entre otros. Por lo tanto, aún no es claro qué componentes hacen parte de tejidos fetales en la literatura médica. (...) En la actualidad, en investigación ni en la práctica se usan tejidos fetales para trasplante directo a otros humanos, por ejemplo, no se usa un corazón fetal para trasplante a un niño o adulto. No obstante, existe gran investigación actual, la cual está enfocada en la extracción de células madre de los tejidos fetales para la regeneración de tejidos adultos ya maduros, por todas las ventajas (...)”*.

Informa que la investigación con tejidos fetales está enfocada en la obtención de células madre para regeneración de tejidos, las cuales *“tienen las propiedades de mejor crecimiento, mejor adaptabilidad a los ambientes de*

⁴¹⁶ Clínica Universidad de Navarra. Trasplante de tejidos fetales (internet). Diccionario médico: trasplante de tejidos fetales. 2018. P. 1. Available from <https://www.cun.es/diccionario-médico/terminos/trasplante-tejido-fetl>

⁴¹⁷ Hallet PJ, Coopera O, Said D, Robertson H, Mendez I. Long-Term Health of Dopaminergic Neuron Transplants in Parkinson's Disease Patients. Cell Rep. 2014; 7(6): 1755-61,

crecimiento, capacidad de multiplicación, menos rechazo por parte del tejido donde es implantado, entre otras propiedades. Por lo que la investigación con estas células se ha convertido en un tema de interés en la comunidad científica. Finalmente, con los estudios revisados se encuentra que la investigación con tejidos fetales es un campo promisorio en la investigación clínica. Estos estudios han encontrado respuestas muy buenas a estos tratamientos. Aunque varios estudios son realizados en animales, esto comprueba la plausibilidad biológica de las hipótesis y abre el camino para investigación en humanos”.

Expresa que al ser un campo de investigación que ha tomado relevancia, las implicaciones éticas se han manifestado exponiendo las recomendaciones que la Asociación Médica Americana ha creado para una investigación segura y ética⁴¹⁸: *“A. No ofrecer dinero por el tejido fetal. B. Obtener un consentimiento informado de la mujer: que debe incluir el propósito de la investigación. C. En caso de un aborto inducido: (1) la decisión de aborto debe ser previa a la discusión del uso de tejido fetal para investigación y (2) el método de aborto se define de acuerdo con la seguridad de la paciente. D. Cuando se use en trasplante o investigación clínica: (1) el donante no define al receptor y (2) el donante y receptor dan consentimiento informado. E. El personal médico no se beneficia del aborto ni de la donación”.*

Facultad de Medicina, Grupo de Investigación en Anatomía para la Educación⁴¹⁹. En alusión al uso de tejidos fetales en la educación de los profesionales en salud expone la crisis en los procesos de enseñanza aprendizaje en anatomía y ramas afines, exigiendo generar conocimientos significativos en los estudiantes con un mínimo de tiempo y recursos disponibles como lo son dichos componentes fetales. Acto seguido, reconociendo que el uso de especímenes cadavéricos adultos y fetales representa una herramienta invaluable, indica que considerará el desconocimiento médico de las malformaciones fetales por el personal de salud para aclarar el impacto directo que el “no utilizar” estos especímenes en educación representa para el profesional como para la población que afectará en su vida laboral.

Al expresar que el párrafo acusado emplea términos erróneos, redundantes y no médicos, procede a definirlos (feto, niño y aborto). Informa que en el mundo las malformaciones fetales se presentan con frecuencia entre 15 y 21,3 casos por cada 1000 nacidos vivos (Zarante, 2012). Explica que las alteraciones genéticas y complicaciones neonatales u obstétricas son de extrema importancia para el estudio y comprensión de la embriología, anatomía y fisiología. Luego de referir a las causas que las originan subraya que *“para el profesional, reconocer la etiología, evidentemente multifactorial de estas alteraciones del desarrollo y las diferencias que entre éstas se encuentran permite no solo diagnosticar, sino definir la mejor conducta*

⁴¹⁸ Ama-assn.org (2018). Research Using Human Fetal Tissue/ American Medical Association. (on line). Available at: <https://www.ama-assn.org/delivering-care/research-using-human-fetal-tissue> (accessed 3 May. 2018)

⁴¹⁹ Recibido el 05 de abril de 2018 y suscrito por el profesor asistente, Coordinador Anatomía Roberto J. Rueda E.

médica basada en la evidencia actual, asegurando el mejor tratamiento disponible a sus pacientes. Y el proceso de aprendizaje necesario para desarrollar estas destrezas, habilidades y competencia requiere el uso de especímenes reales que le permitan al profesional observar las estructuras y la disposición tridimensional de las mismas”.

Enfatiza que el fin último de aprender del cuerpo mismo *“es modificar la práctica clínica y quirúrgica por medio de la renovación del conocimiento anatómico del ser humano. De este modo, se incrementa la eficiencia de los servicios de salud al disminuir la morbi-mortalidad relacionada con las competencias derivadas del desconocimiento sobre las malformaciones en las estructuras. Por su parte, el origen de estas complicaciones se puede atribuir a una predisposición a alguna patología, que a su vez puede ser ocasionada por una conformación diferente de la estructura anatómica o a una práctica quirúrgica sesgada en la que se asume una anatomía ‘estandar’ de libro”.* Explica que potenciar al profesional a brindar información al público sobre factores de riesgo y la relevancia de controles y ecografías durante el embarazo dado una sospecha por pertenecer a un grupo poblacional con alta prevalencia de malformación *“constituye mejoras en la atención de la salud y mejoras en calidad de vida de pacientes con discapacidades causadas por malformaciones. Aspectos cruciales en los procesos de promoción de la salud y prevención de la enfermedad en todo sistema de salud a nivel global”.*

17. Amicus Curiae, Universidad Nacional de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Centro de Estudios Legales y Sociales CELS⁴²⁰. Estima que en atención a las obligaciones internacionales de los Estados en torno al acceso al aborto no punible, la expresión “niños no nacidos abortados” debe ser suprimida de la norma legal pertinente. En calidad de *amicus curiae* la organización no gubernamental expresa que se adhiere en su totalidad a los puntos analizados por La Mesa por la Vida y la Salud, lo que no es óbice para mencionar algunas consideraciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en el caso “F;A.L.”, en el entendimiento que la inclusión “niño no nacido abortado” puede facilitar la vulneración de los derechos sexuales y reproductivos, particularmente el de la interrupción legal del embarazo.

Informa que las interpretaciones realizadas de las normas convencionales (sistemas universal e interamericano) fueron adoptadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “F;A.L.”⁴²¹, al señalar que *“el derecho a la vida no puede ser comprendido como una pauta que restrinja la aplicación de normas habilitantes de la práctica del aborto no punible, pues ello atentaría contra el ejercicio legítimo de derechos de acceso a la interrupción del embarazo con base al otorgamiento de un alcance a un derecho*

⁴²⁰ Recibido el 05 de junio de 2018 y firmado por el apoderado Diego Morales y la docente Lucia de la Vega.

⁴²¹ S/medida autosatisfactiva, 259-XLVI, 13 de marzo de 2012. Confirmó la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Chubut, que en 2010 autorizó la realización de la práctica del aborto respecto de la joven A.G. de 15 años de edad, quien quedara embarazada como consecuencia de haber sido violada por su padrasto.

convencionalmente consagrado que, en los hechos, no posee". Con base en esta decisión afirma que la categoría "niño no nacido abortado" *"contribuye a diluir los alcances que el derecho a la vida ha pretendido revestir en su consagración como derecho fundamental, con el riesgo de impactar negativamente en el legítimo ejercicio de derechos de las mujeres, en particular de los derechos sexuales y reproductivos."*

Así mismo, aunque la jurisprudencia constitucional en Colombia ha especificado los extremos del derecho al aborto, esboza que no es menos cierto que la sociedad civil ha enfrentado barreras de índole diversa a la legal que tienden a obstaculizar el legítimo ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos reconocidos por la Corte. Expone que similar situación se presenta en Argentina, donde el estigma que pesa sobre el aborto empuja a mujeres y niñas a la clandestinidad poniendo en riesgo su vida y salud. Así extrae que la expresión "niño no nacido abortado" constituye una amenaza para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, en particular del acceso a la interrupción legal del embarazo.

Desprende que tal expresión *"contribuye a acentuar patrones socioculturales estereotipados que pueden, ya sea, constituirse en potenciales maniobras dilatorias para el acceso al derecho al aborto no punible; o bien acentuar la existencia de patrones simbólicos estereotipados que empujen a las mujeres a poner en tela de juicio la legitimidad que poseen para ejercer un derecho que les ha sido reconocido por esta (...) Corte Constitucional"*. Adicionalmente, aduce que dicho concepto denota *"la voluntad de generar en el embrión una diferenciación en su naturaleza (con) base a clasificación que aparta a los fetos no nacidos por causas naturales de aquellos nacidos por causas diferentes. Dicha diferenciación reposa (...) en la condición, en los hechos, necesaria para operar: la decisión de la mujer gestante de interrumpir, o no, su embarazo. Ello conlleva al refuerzo de estereotipos negativos que condicionan el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo"*.

18. Amicus Curiae, Carlos María Romeo Casabona⁴²². Estima que el interés prioritario al que da prevalencia el parágrafo demandado sería las partes anatómicas del "niño no nacido abortado" al ser excluidas de ser donadas y utilizadas, lo cual entiende, a los ojos del legislador ordinario, que el "niño no nacido abortado" sería titular de algún derecho fundamental o al menos de un bien jurídico protegido por la Constitución colombiana (la vida). No obstante, encuentra que dicha perspectiva debe rechazarse, pues *"sería abiertamente contraria al entendimiento del derecho a la vida proclamado por la Constitución ('el derecho a la vida es inviolable', art. 11) desarrollado por la Corte Constitucional, que distingue un derecho a la vida en sentido estricto, del que son titulares quienes han alcanzado la consideración de persona humana, de un bien constitucionalmente protegido, de quienes se benefician quienes no alcanzado todavía esa categoría: (...) (sentencia C-355/06)"*.

⁴²² Director del G.I. Cátedra de Derecho y Genoma Humano. Universidad del País Vasco/EHU

Advierte que *“persiste la ambigüedad del significado legal de ‘niño no nacido’, expresión que trata de difuminar y enmascarar la realidad a la que se refiere.”* Agrega que *“es una categoría jurídica desconocida, inexistente, que parece ocultar o enmascarar otros designios del legislador ordinario, sobre lo que no es relevante indagar. Sin embargo, sí es conocida la que corresponde a su verdadero estatuto biológico, que es la de embrión o feto, según la fase de desarrollo vital en la que se encuentre; o en términos comprensivos de ambas fases, estamos ante el nasciturus”.* Así encuentra que la terminología que recoge la Ley 1805 de 2016 es inadecuada al no corresponder a ninguna categoría ontológica ni jurídica por el ordenamiento interno, *“por lo que supone ya una grave afectación para la seguridad jurídica, dado que no se da satisfacción al principio de taxatividad derivado del principio de legalidad, que reclama la máxima concreción de las descripciones y prescripciones de la ley. Avanzando en este proceso discursivo, la prohibición de la donación y utilización de órganos o tejidos se refiere a embriones y fetos muertos (abortados).”*

No halla la necesidad ni la eficacia de la prohibición establecida por el legislador ordinario, toda vez que *“hay otros mecanismos jurídicos directos y mucho más severos que podrían hacer frente con mayor éxito frente al tráfico comercial lícito por medio del recurso a abortos ilegales. Y mucho menos se justificaría cualquier intento preventivo en el caso de abortos o interrupciones del embarazo espontáneas o legales, pues a través de éstos no se incrementa un riesgo para la vida del nasciturus”.* Expresa que los especialistas en el ámbito del Bioderecho recomiendan un conjunto de requisitos específicos para que la extracción de los materiales anatómicos se prepare en las mejores condiciones para el *nasciturus* antes de su muerte (y en su caso para la mujer gestante) y como segunda prioridad para asegurar en lo posible la viabilidad de estos materiales y su posible trasplante a pacientes que los necesiten⁴²³.

En cuanto al derecho a la salud sostiene que envuelve su no menoscabo por conductas que se dirijan contra su incolumidad (transmisión de enfermedades infecto-contagiosas o de sustancias tóxicas para el organismo). Forma parte del derecho la disposición de medidas de carácter asistencial (técnicas y procedimientos diagnósticos y medidas terapéuticas) y preventivo para la salud individual y colectiva (salud pública). Informa que la medicina-cirugía de sustitución puede realizarse con éxito también a partir de materiales biológicos provenientes de embriones o fetos. Ello le permite afirmar que la prohibición

⁴²³ Afirma que al partir el legislador de la prohibición de la donación y utilización de órganos o tejidos de los *nascituri*, es lógico que no se haya mencionado ningún requisito para prevenir cualquier instrumentalización o generar o agravar sufrimientos innecesarios. Con la finalidad de aclarar cuáles podrían ser esos requisitos preventivos, podría enumerarse algunos de ellos: *“a) excluir la donación de órganos y tejidos de embriones o fetos abortados ilegalmente; b) que hayan prestado su consentimiento los dos miembros de la pareja matrimonial, o al menos uno de ellos sin que conste la oposición del otro; si no hay vínculo matrimonial o semejante, el consentimiento lo otorgará la mujer gestante; c) no condicionar la forma de la práctica del aborto para poder extraer el mayor número de materiales anatómicos para trasplante que puedan producir sufrimiento fetal o incrementar el riesgo para la vida o la salud de la mujer gestante; d) que el profesional que practique el aborto no participe en la extracción de los elementos anatómicos embrionarios o fetales ni los utilice con posterioridad; e) que no haya contraprestación o compensación económica alguna por la donación de los mismos, lo que se halla prohibido por la Ley 919-2004.”*

establecida está postergando la tutela efectiva sin que se le enfrente ningún otro derecho de naturaleza fundamental o un bien constitucional que justifique prohibición alguna relativa a la obtención de materiales biológicos de embriones o fetos para su trasplante. Añade que *“al carecer de fundamentación alguna y al no pretender por ello resolver ningún conflicto real, comporta una limitación del derecho a la salud carente de cualquier justificación, pues impide que órganos y tejidos embrionarios o fetales puedan ser destinados a su trasplante para personas que lo necesiten, como procedimiento terapéutico que se ha ido extendiendo de forma constante y ha ido mejorando las expectativas de vida o de salud de sus beneficiarios, sin perjuicio de que la escasez de órganos continua siendo un reto que los sistemas nacionales de salud de todo el mundo afrontan cada día”*.

Contrario a la opción acogida por el párrafo cuestionado, observa que el derecho fundamental a la salud demanda *promover un marco legal* que bajo la garantía de los derechos e intereses de los implicados (donantes vivos, fallecidos, mientras estén con vida, y receptores), *“facilite la obtención de órganos, tejidos y otros materiales biológicos procedentes tanto de personas nacidas como de nascituri. En relación con estos últimos, los profesionales de la salud valoran muy favorablemente su particular indicación para su trasplante a niños, la posibilidad de recurrir a algunos órganos y tejidos también para adultos y en especial las potencialidades de desarrollar líneas celulares trasplantables a partir de las células troncales o madre de diversa naturaleza de las que son portadores los embriones y los fetos”*. Desprende que se está ante una *inconstitucionalidad por acción*, toda vez que la prohibición comporta la merma del desarrollo de un derecho fundamental, al no permitir la posibilidad de recurrir a otras fuentes de órganos y tejidos para trasplante sin justificación constitucional alguna, al no estar en juego otro derecho o bien constitucional que pudiera enfrentarse al derecho a la salud.

Por otro lado, luego de referir que el Estado garantiza las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra, expone que gracias a la investigación científica en el ámbito clínico-médico-quirúrgico los trasplantes de órganos, tejidos y otros componentes anatómicos, como células somáticas o madre, se han constituido *“en un recurso terapéutico en constante expansión, que ha salvado las vidas o ha mejorado su calidad a miles de personas en todo el mundo. Colombia forma parte de este acervo asistencial y su sistema de salud viene dando cabida a este procedimiento terapéutico del que se benefician numerosos colombianos y residentes en el país”*. Desde hace unos años se ha visto la relevancia que tienen los componentes biológicos procedentes de embriones y fetos humanos, especialmente las denominadas células troncales o madre, que están permitiendo el desarrollo de líneas celulares específicas para su injerto en pacientes con pérdida funcional de células y tejidos, en el marco de la llamada medicina regenerativa. Evidencia los artículos 7° a 10 de la Ley 1805 de 2016 sobre componentes anatómicos de un cadáver para fines de trasplante u otros usos terapéuticos (art. 9°).

Considera que la Ley 1805 no restringe, limita o prohíbe, ni directa ni indirectamente ninguna actividad investigadora biomédica que pueda guardar relación con el trasplante o injerto de componentes biológicos humanos. Colige que la libertad de investigación científica goza del máximo reconocimiento constitucional, sin embargo, *“puesto que la Ley 1805 de 2016 no regula de forma específica la investigación con material humano (de individuos nacidos, embriones o fetos), la prohibición de esta ley que ha sido objeto de examen no comporta una limitación, directa o indirecta, de tal libertad, lo que no merece reproche alguno de inconstitucionalidad”*.

19. Ministerio de Salud y Desarrollo Social Presidencia de la Nación, INCUCAI Comité de Bioética, Buenos Aires⁴²⁴. Precisa que actualmente los órganos, tejidos o células viables para trasplante en seres humanos se obtienen del cuerpo de personas fallecidas (muerte encefálica o paro cardiocirculatorio) o se extraen de los donantes vivos, a lo cual se ha sumado el trasplante de células progenitoras hematopoyéticas (cordón umbilical) o tejido de la membrana amniótica (al nacer). A la fecha muchos países utilizan los órganos, tejidos o células humanas de origen fetal o embrionario, pero con fines de investigación (Parkinson, Alzheimer) no de trasplante. Explica que el avance científico demostrará la utilidad posterior de la investigación y su impacto en la salud pública. La investigación básica y clínica debe considerarse hoy como pilar fundamental y parte de la responsabilidad del Estado en su rol garante de la atención de la salud y del ejercicio pleno del derecho a la salud.

Estima que el aparte impugnado encierra algunas problemáticas que podrían menoscabar la confianza pública necesaria para sustentar un sistema altruista y solidario de donación de órganos. Así considera que el término *“niño no nacido abortado”* es confuso y ambiguo, toda vez que *“no puede adscribirse específicamente a una entidad o categoría clara del desarrollo humano”*. Recaba que la información clara, precisa y comprensible es un pilar fundamental en la comunicación para garantizar el desarrollo de un sistema de donación y trasplante que permita el acceso en forma equitativa y sustentable. Por ello, encuentra que la vinculación en una ley de trasplante de dos temáticas altamente sensibles para la sociedad y diametralmente diferentes, como la referida al aborto junto con el trasplante, podría impactar negativamente al generar confusión sobre los aspectos involucrados en el proceso de donación o trasplante.

20. Instituto Nacional de Salud⁴²⁵. El concepto emitido por este establecimiento no se reseña al limitarse a recoger en su mayoría la intervención presentada por el Ministerio de Salud y Protección Social que solicita la inexecutable del párrafo demandado.

Sin solicitud alguna

⁴²⁴ 21 de enero de 2019 y suscrito por la Coordinadora María E. Barone.

⁴²⁵ 23 de enero de 2019 y firmado por la Directora General Martha Lucía Ospina Martínez, en respuesta a la solicitud de concepto técnico sobre el asunto.

21. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Organización Nacional de Trasplantes, España⁴²⁶. Pone de presente que el Real Decreto ley 9/2014 que establece las normas de calidad y seguridad para la donación, obtención, evaluación, procesamiento, preservación, almacenamiento y distribución de células y tejidos humanos, y aprueba las normas de coordinación y funcionamiento para su empleo en humanos, recoge en el artículo 8º la donación y obtención de tejidos y células en donantes fallecidos. Igualmente recaba en el Decreto 83/1999 que regula las actividades de producción y de gestión de residuos biosanitarios y citotóxicos en la comunidad de Madrid, clasifica los residuos sanitarios en su artículo 3, considerando a las sustancias de origen humano de abortos como residuos. Por último, resalta que la Ley Orgánica 2/2010 sobre salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo no aborda esta temática.

22. Facultad de Filosofía, Universidad de Granada, España⁴²⁷. Comenta que en el caso de la donación fetal tiene poco sentido éticamente el consentimiento, toda vez que el material humano donado no se ha constituido todavía como un individuo. El interés público, según algunos, justificaría la utilización del material cadavérico fetal o adulto. De otro lado, por razones de precaución estima que quizás sería oportuno restringir la actividad altruista de donación a una modalidad no económica. Informa que existe una diferencia moralmente significativa entre la donación de tejido del feto después de un aborto espontáneo y voluntario: en el primer caso, la demanda de donación solamente surgiría después de que ese material biológico fuera disponible, en el segundo caso la puesta a disposición de ese material biológico podría ser el resultado de otra decisión. Encuentra que se requiere mayor precisión si la solicitud de donación del feto se produce tras un aborto espontáneo, realizado por indicación médica, o se si produce de forma voluntaria y sin indicación médica, caso último en que las objeciones éticas son mayores, sin que implique un rechazo a la interrupción voluntaria del embarazo *per se*, ni un rechazo a la donación de feto por sí misma. La objeción se dirige a la combinación de ambas en una misma práctica.

Por la inhibición

23. Fundación Nacional de Trasplantados. Señala que la demanda: i) carece de *especificidad*, pues la argumentación es vaga, especulativa, imprecisa e indeterminada, al no exponer de manera concreta cómo se da la violación del núcleo esencial del derecho a la salud; ii) no es *clara* al no entenderse en qué está dado el desconocimiento de los derechos; iii) tampoco es *suficiente* al

⁴²⁶ 11 de enero de 2019 y firmado por la Directora Beatriz Domínguez-Gil, en respuesta a la solicitud de concepto técnico sobre el asunto. Explica que el 21 de mayo de 2018 se dió contestación al asunto. Del concepto emitido no se extrae una pretensión expresa de inexequibilidad aunque pudiera en principio llegarse a tal conclusión del contenido de la intervención.

⁴²⁷ 27 de febrero de 2019, en respuesta a la solicitud de concepto técnico sobre el asunto. Del concepto emitido no se extrae una pretensión expresa de inexequibilidad aunque pudiera en principio llegarse a dicha conclusión del contenido de la intervención.

carecer de persuasión en sus pretensiones; y iv) resulta *impertinente* al no contener argumentos de naturaleza constitucional, sino juicios de conveniencia, además de estar sustentada en diversas situaciones de hecho o en hipótesis.

Fundación de Católicos de Colombia Solidaridad. Respecto a los derechos sexuales y reproductivos atendiendo el término “*niño no nacido abortado*”, advierte que el cargo carece de *pertinencia, suficiencia y demostración*. Explica que la definición del DANE emana de una fuente no autorizada para fijar criterios sobre las facultades excepcionales del aborto, sino que otorga directrices de tipo estadístico para la codificación de la mortalidad durante el periodo de gestación y parto. Añade que el instructivo no tiene rango constitucional ni legal careciendo de *pertinencia*. Asegura que *no es cierto* que la Ley 1805 de 2016 tenga incidencia sobre el ámbito de aplicación de las excepciones previstas en la C-355 de 2006. Tampoco se verifica una *comprobación suficiente* de las razones jurídicas y prácticas por las que se está en presencia de una disposición inconstitucional. En cuanto a la igualdad sostiene que se incumple el requisito de *suficiencia*, además que *no fue probado* ni desvirtuada la presunción de constitucionalidad, careciendo del test de comparación en cuanto a la similitud de los actores y los hechos, así como la indicación de cuál es el trato desigual y por qué merece un tratamiento igualitario.

Universidad del Rosario. Expresa que la demanda carece de los requisitos mínimos al no enfocarse en la violación *concreta* de preceptos constitucionales, sino en criterios técnicos, científicos o estadísticos que podrían discutirse en el Congreso. Respecto al cargo por violación del derecho a la salud carece de *suficiencia* porque inicia con el estudio de la progresividad sin explicar las razones de inconstitucionalidad. Además, se parte de una presunción equivocada al señalarse que en materia de órganos lo que no está prohibido está permitido. Igualmente, el argumento de que siempre se han podido realizar donaciones de órganos carece también de *certeza* porque: i) en materia de disposición de partes del cuerpo no rige la autonomía de la voluntad al tratarse de un asunto de orden público que ha tenido reglas prohibitivas y penales, siendo la regla general la prohibición salvo se cumplan unos parámetros legales; y ii) previo a la Ley 1805 de 2016 no se podía realizar legalmente la donación de órganos de niños no nacidos, pues la norma vigente anterior (Ley 73 de 1988) contemplaba que la presunción legal se presentaba cuando una persona durante su vida se hubiera abstenido de oponerse.

Agrega que el planteamiento de la afectación de la investigación médica carece de *pertinencia* dado que no es un valor, un principio, ni un derecho. Sobre el derecho a la igualdad afirma que se incumple el requisito de *suficiencia* al realizarse afirmaciones genéricas sobre la desproporcionalidad y citarse documentos del DANE, sin explicar la forma en que se cumplen los presupuestos por violación de este derecho. En cuanto a los derechos sexuales y reproductivos advierte que carece de *certeza*, porque el DANE no tiene

competencia para fijar los criterios de interrupción del embarazo. Así mismo, no es *pertinente* al no comprender la vulneración de una norma constitucional sino un criterio de una entidad pública. Tampoco es *cierta* al hacer una diferencia entre el aborto y la IVE con fundamento en el periodo de gestación que resulta equivocado. Además, estima que la distinción realizada en que es aborto solamente la interrupción del embarazo hasta la semana 22 de gestación *no tiene fundamento* legal ni jurisprudencial y se basa en una conjetura.

Universidad de La Sabana. En torno a los derechos sexuales y reproductivos expone que la falta de equivalencia científica y jurídica del término demandado no cumple con los requisitos de *pertinencia* en el caso de los conceptos científicos y la *suficiencia* en el evento de los conceptos jurídicos. La falta de *pertinencia* está dada en que no se relaciona ninguna disposición constitucional que sirva de parámetro, no siendo los conceptos científicos criterios de constitucionalidad, ni su empleo puede exigirse con base en alguna norma constitucional. Evidencia la falta de *elementos probatorios* que permita asegurar la efectiva falta de correspondencia, por lo que no se podría asegurar la ambigüedad del término. Anota que se incumple la *suficiencia* al no lograr demostrar una duda mínima de inconstitucionalidad. Por último, en relación con el derecho a la igualdad considera que se incumplen los presupuestos de *claridad* y *suficiencia*, ya que la línea argumentativa es confusa y contradictoria, incapaz de despertar una duda de inconstitucionalidad, al afirmar que los *nasciturus* no son personas y luego que se trata de forma igualitaria a los padres de los mismos frente a los padres de los neonatales – quienes claramente si son personas- y, por tanto, son titulares de derechos.

Concepto de la Procuraduría⁴²⁸

24. Solicita la *exequibilidad* en relación con los cargos por violación de la prohibición de regresividad en materia del derecho a la salud, del derecho a la igualdad y del principio de unidad de materia. No halla regresiva la medida respecto a la garantía del derecho a la salud, dado que “*no versa en estricto sentido sobre el contenido de un derecho y, porque, en caso de que lo hiciera, la nueva regulación no es comparable con la anterior, ya que se produjo bajo circunstancias normativas diferentes, lo cual también dificulta le evaluación de si el Congreso de la República transgredió los límites constitucionales impuestos a la potestad de configuración legislativa en materia de derechos*”. Estima que las reglas sobre la disposición de componentes biológicos del cuerpo humano, aun cuando no se trate del concerniente a una persona propiamente dicha en un sentido jurídico, “*son una opción legislativa de carácter político, ideológico, ético, etc., y no un aspecto prestacional de un derecho, sobre el cual pueda recaer un juicio de progresividad.*”

Encuentra que no se deduce de la Constitución ni de la ley estatutaria de salud la existencia de un derecho a recibir en donación los órganos y tejidos de los

⁴²⁸ Recibido el 18 de septiembre de 2018 y suscrito por el Procurador General Fernando Carrillo Flórez.

no nacidos, o que sean objeto de investigación científica como una prestación o componente inherente al derecho a la salud. Afirma que las determinaciones en relación con el material biológico proveniente de abortos, involuntarios o provocados, no puede considerarse una prestación social, sino una disposición sobre el cuerpo humano en gestación. Precisa que de considerarse la existencia de tal derecho, no le es posible al juez constitucional valorar la regresividad respecto de dos posturas legislativas gestadas en contextos normativos distintos, toda vez que al examinar el antes y el después se observa que cuando se expidieron las leyes 9 de 1979 y 73 de 1988, modificadas por la ley parcialmente acusada *“no era posible practicar abortos legales; posibilidad que surgió a raíz de lo resuelto en la sentencia C-355 de 2006 (...), lo cual modifica las circunstancias en medio de las cuales el legislador evalúa la pertinencia, necesidad, conveniencia, etc., de permitir o prohibir la donación de órganos y tejidos de los nascituri”*.

No halla contrario al derecho a la igualdad el tratamiento diferenciado otorgado por la Ley 1805 a los padres de los menores de edad nacidos y no nacidos, frente a la posibilidad de otorgar su consentimiento para la donación de los órganos o tejidos de sus hijos fallecidos, puesto que *“a pesar de que son dos grupos de sujetos que pueden estar diferenciados solo por un instante, como lo sostienen los demandantes, se trata de dos situaciones distintas que ameritan un tratamiento diferenciado”*. Ello le lleva a manifestar que al consistir en dos supuestos distintos es admisible constitucionalmente que sean tratados de manera diferente, razón por la cual resulta exequible por el cargo de vulneración del derecho a la igualdad. En lo concerniente al *principio de unidad de materia* evidencia que *no son acertados* los argumentos de la parte actora, dado que no es posible sostener que lo demandado a pesar de guardar relación con el título de la ley contraría su objetivo general. Advierte que los argumentos de la accionante provienen de una visión rígida del principio de unidad de materia.

De otra parte, solicita la *inhibición* por los cargos de violación a los derechos sexuales y reproductivos, y a la salud respecto al desconocimiento de la obligación del Estado de abstenerse de llevar a cabo conductas que afecten de manera directa o indirecta el referido derecho, y a que la norma demandada contiene una orden contraria a la investigación médica. Considera que el cargo por violación a los derechos sexuales y reproductivos carecen de *certeza*, porque no repercute o incide en la regulación del estatus jurídico del no nacido, de la interrupción voluntaria del embarazo ni del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, lo cual impide que se surta el juicio de inconstitucionalidad, al acusarse un contenido normativo supuesto por la actora en lugar de uno que esté realmente previsto en la disposición acusada. Explica que el párrafo impugnado no implica reconocer un estatus jurídico distinto a los no nacidos del que se le ha otorgado en el ordenamiento hasta la fecha y sin que tenga alguna implicación sobre la IVE, que se encuentran regulados en cuerpos jurídicos distintos cuya vigencia no fue modificada por

la Ley 1805 de 2016. Menos constituye un argumento *suficiente* la inclusión de una definición legal divergente con conceptos del DANE.

Los reparos contra el párrafo demandado por violación del derecho a la salud, considera que debe proferirse un fallo inhibitorio en cuanto i) al alegado desconocimiento de la obligación del Estado de abstenerse de llevar a cabo conductas que afecten de manera directa o indirecta el derecho a la salud y ii) a que la norma acusada contiene una orden contraria a la investigación médica como elemento esencial del derecho a la salud. La inhibición se fundamenta en la falta de *pertinencia y especificidad*. Anota que los cuestionamientos presentados no son de orden constitucional ni expresan la afectación de un mandato superior realmente existente. Los argumentos sobre la importancia terapéutica e investigativa resultan globales, doctrinales, técnicos o de conveniencia, que implican una postura dentro de varias admisibles.

**SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
CARLOS BERNAL PULIDO
A LA SENTENCIA C-294/19**

Referencia: Expediente D-12533

Magistrado Ponente:
José Fernando Reyes Cuartas

Con el respeto debido, me aparto de la decisión que adoptó la Sala Plena de la Corte Constitucional, el 26 de junio de 2019, referida a la demanda de inconstitucionalidad en contra del parágrafo 2º del artículo 540 de la Ley 1805 de 2016, por las siguientes razones:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. En mi criterio, en una democracia constitucional, la falta de certeza empírica se suple con la legitimidad política del Congreso de la República. Bajo los

parámetros de incertidumbre a los que me refiero, e incluso bajo un eventual empate entre la finalidad buscada por la norma y la posible afectación del derecho a la salud, la decisión de la Corte debía producirse de conformidad con el principio *pro legislatore*.

Fecha ut supra,

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado