C-372-19

Sentencia C-372/19

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Competencia de la Corte Constitucional

CONCEPTO DE VIOLACION EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes/CONCEPTO DE VIOLACION EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Derecho a la igualdad

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Integración normativa/INTEGRACION DE UNIDAD NORMATIVA-Procedencia

La jurisprudencia ha dicho que la integración de la proposición jurídica completa procede cuando: (i) se demande una disposición cuyo contenido deóntico no sea claro, unívoco o autónomo; (ii) la disposición cuestionada se encuentre reproducida en otras disposiciones que posean el mismo contenido deóntico de aquella; y, finalmente, cuando (iii) la norma se encuentre intrínsecamente relacionada con otra disposición que pueda ser, presumiblemente, inconstitucional.

INTEGRACION DE UNIDAD NORMATIVA-Configuración

[L]a jurisprudencia constitucional ha indicado que, para resolver los cargos de inconstitucionalidad formulados contra fragmentos normativos, deben tenerse en cuenta dos aspectos: (i) que lo acusado sea un contenido comprensible como regla de derecho que pueda contrastarse con las normas constitucionales; y (ii) que los apartes que no han sido demandados perderían la capacidad de producir efectos jurídicos en caso de declararse la inexequibilidad del fragmento normativo demandado, evento en el cual es procedente la integración de la unidad normativa.

DERECHO A LA SALUD DE EXTRANJEROS-Reiteración de jurisprudencia

[L]a Corte ha sostenido que no toda diferenciación por el origen genera la misma tensión ni debe ser analizada con la misma intensidad. De esta manera, tanto el ámbito en el que se adopta determinada regulación, como los derechos involucrados, son criterios que deben ser evaluados para determinar en qué casos una diferenciación basada en la nacionalidad

es constitucionalmente inadmisible. Es decir, el derecho a la igualdad no opera de la misma manera y con similar arraigo en todos los casos para los nacionales y los extranjeros.

DERECHO A LA SALUD-Prestación a cargo del Estado orientado por los principios de solidaridad, universalidad y eficiencia/DERECHO A LA SALUD-Régimen contributivo y régimen subsidiado/DERECHO A LA IGUALDAD DE EXTRANJEROS-Parámetro jurisprudencial

[N]o en todos los casos el derecho a la igualdad opera de la misma manera y con similar arraigo para los nacionales, los residentes y los extranjeros. Por ello, se exige analizar el contexto de la medida, al igual que si existe una razón suficiente para la diferenciación.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE LOS EXTRANJEROS EN COLOMBIA-Contenido

En suma, las obligaciones del Estado de garantizar el derecho a la salud y su prestación en el servicio público para extranjeros no residentes tienen diferentes matices en tanto se deben analizar caso a caso. No obstante, en general, se refieren a la provisión de atención de urgencia, en los términos explicados, en aras de satisfacer las necesidades primarias y respetar la dignidad humana de estas personas. Por su parte, la provisión de otro tipo de servicios de salud a cargo del Sistema General de Salud está sujeta a la regularización de estas personas en el país mediante los mecanismos establecidos para ello.

Toda persona, incluyendo a los extranjeros no residentes, tienen derecho a recibir una atención mínima del Estado en casos de extrema necesidad y urgencia, en aras de atender sus necesidades primarias y respetar su dignidad humana; un núcleo esencial mínimo que el Legislador no puede restringir, especialmente en materia de salud. Más allá, la prestación del servicio de salud para los extranjeros no residentes tiene una zona complementaria la cual "es definida por el correspondiente órgano político de representación popular, atendiendo a la disponibilidad de recursos económicos y prioridades coyunturales". Por eso, el Legislador, dentro de su margen de configuración normativa y actuando en cumplimiento de los tratados internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales que incorporan un mandato de progresividad, puede ampliar la cobertura del sistema de protección social hacia los extranjeros.

DONACION DE ORGANOS A EXTRANJEROS-Marco normativo

Si bien el anterior marco normativo ha sufrido algunos cambios, cabe resaltar cuatro elementos que han sido determinantes en el desarrollo de esta regulación y que se desprenden de los principios de dignidad humana e igualdad y del respeto por la vida humana, a saber: (i) cualquier tipo de compensación o retribución por la donación o suministro de un órgano o tejido se encuentra prohibida; (ii) el tráfico de órganos, tejidos o componentes anatómicos es un delito; (iii) el acceso a este tipo de recursos escasos se encuentra delimitado por un sistema de turnos que se otorgan con base en criterios técnico-científicos de asignación y selección; y (iv) los nacionales y residentes tienen prelación en el acceso a estos bienes sobre los extranjeros no residentes.

DONACION DE ORGANOS A EXTRANJEROS-Trato diferencial

Específicamente, en lo relativo a la materia objeto de esta demanda, tanto la legislación vigente como la previa en materia de donación de órganos a extranjeros no residentes es restringida. El motivo de ese trato diferencial es la prevención y castigo del llamado "turismo de órganos", cuya prevención es una obligación para el Estado.

DONACION DE ORGANOS A EXTRANJEROS-Jurisprudencia constitucional

En suma, la línea jurisprudencial vigente establece que, como regla general, no se vulneran los derechos fundamentales a la igualdad, a la salud y a la vida digna de un extranjero no residente en Colombia cuando se le niega la inscripción en la lista de espera para acceder al trasplante de componentes anatómicos, con fundamento en que: (i) existen nacionales colombianos y extranjeros residentes inscritos en esa misma lista a la espera de órganos o tejidos; y que (ii) ese grupo está sometido a ciertos deberes que incluyen la contribución al sistema de seguridad social del país, por oposición a los no residentes. Es decir, que es válido hacer diferenciaciones entre nacionales y residentes y extranjeros no residentes en el acceso a servicios de salud de esa naturaleza.

JUICIO DE IGUALDAD-Jurisprudencia constitucional/JUICIO DE IGUALDAD-Niveles de intensidad

SOCIEDAD CONYUGAL-Constitución/UNION MARITAL DE HECHO-Declaración/REGIMEN PATRIMONIAL DE SOCIEDAD DE HECHO-Requisito de haber convivido por más de dos años

JUICIO DE IGUALDAD-Análisis aplicable estricto

En esta oportunidad, tres criterios concurrentes motivan la diferencia en el trato y en los requisitos para acceder a la donación de órganos o tejidos anatómicos: (i) la calidad de extranjero; (ii) no residente; y (iii) que el receptor sea cónyuge o compañero permanente, pariente en cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Es decir, la nacionalidad en conjunto con el hecho de no residir en el país y sostener vínculos de consanguinidad, afinidad, matrimonio o la calidad de compañeros permanentes, estos últimos sujetos a una condición adicional. El artículo 13 de la Constitución establece la prohibición expresa de realizar diferenciaciones discriminatorias con fundamento en el origen nacional. En consecuencia, al verificar que una de las categorías que fundamentan la diferenciación de la medida corresponde a un criterio sospechoso, procede el juicio estricto de igualdad.

DERECHO A LA IGUALDAD-Trato diferenciado

JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD-Criterio de comparación, patrón de igualdad o tertium comparationis

JUICIO INTEGRAL DE IGUALDAD-Trato desigual entre iguales o igual entre desiguales

NORMA ACUSADA-Finalidad que persigue es constitucionalmente válida

DONACION DE ORGANOS A EXTRANJEROS NO RESIDENTES-Perfeccionamiento del vínculo de matrimonio o unión marital de hecho

En suma, la exigencia de una convivencia de dos años entre matrimonios o parejas de colombianos y extranjeros no residentes para que estos últimos puedan recibir la donación de órganos y tejidos no resulta desproporcionada ni discriminatoria respecto del trato que reciben los nacionales y extranjeros residentes en el acceso a la donación de órganos, siempre y cuando se entienda que solo es posible donar un órgano o tejido a un extranjero no residente en los casos en que la necesidad del trasplante surja después de que se perfecciona el vínculo matrimonial o la unión marital de hecho. Lo anterior, en tanto se trata de una excepción razonable a la prohibición de donación de componentes anatómicos a extranjeros no residentes, que persigue una finalidad constitucionalmente imperiosa,

consigue el fin propuesto, es necesaria y no restringe de forma irrazonable los derechos en tensión.

Referencia: Expediente D-12671

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 10° (parcial) de la Ley 1805 de 2016, “Por medio de la cual se modifican la Ley 73 de 1988 y la Ley 919 de 2004 en materia de donación de componentes anatómicos y se dictan otras disposiciones”.

Demandante: Andrés Felipe Cely Rojas

Magistrada Ponente:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., catorce (14) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, Carlos Bernal Pulido, Diana Fajardo Rivera, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo, Cristina Pardo Schlesinger, José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano Andrés Felipe Cely Rojas presentó ante esta Corporación demanda de inconstitucionalidad contra apartes del parágrafo del artículo 10º de la Ley 1805 de 2016, por considerar que transgrede los artículos 2º, 13, 49, 83 y 100 de la Constitución Política.

Mediante Auto del 10 de mayo de 2018, se admitió la demanda en relación con el cargo formulado por violación del principio de igualdad y no discriminación, efectividad de los derechos y el derecho a la salud respecto al trato a los extranjeros en Colombia y se inadmitió el cargo planteado por la supuesta violación del principio de buena fe. Así mismo,

se suspendieron los términos del proceso, sin perjuicio de que durante el término de dicha suspensión se recibieran escritos ciudadanos de intervención y el concepto del Ministerio Público. Mediante Auto del 31 de mayo de 2018, se rechazó el cargo inadmitido, en tanto el plazo de corrección venció en silencio.

El 12 de diciembre de 2018 se levantaron los términos y se ordenó: (i) fijar en lista la norma parcialmente acusada para garantizar la intervención ciudadana; (ii) correr traslado al Procurador General de la Nación, para lo de su competencia; (iii) comunicar al Presidente de la República, al Presidente del Congreso, al Ministerio de Justicia y del Derecho, al Ministerio de Salud y Protección Social, al Ministerio de Relaciones Exteriores, a Migración Colombia y a la Defensoría del Pueblo, para que, si lo consideraban oportuno, intervinieran en este proceso; e (iv) invitar al Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –DEJUSTICIA–, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, al Instituto Nacional de Salud, a la Organización Internacional para las Migraciones, a las facultades de Derecho de las Universidades de los Andes, Externado de Colombia, Nacional de Colombia, Libre (Seccional Bogotá), de Nariño, de Antioquia, de Caldas y a los Grupos de Acciones Públicas de la Pontificia Universidad Javeriana y del Rosario para que, si lo consideraban adecuado, se pronunciaran sobre la constitucionalidad de la norma parcialmente atacada.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de juicios y previo concepto de la Procuraduría General de la Nación, procede la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia.

II. TEXTO DE LA NORMA DEMANDADA

A continuación, se trascribe y subraya el texto de la norma parcialmente acusado:

“LEY 1805 DE 2016

(agosto 04)

Diario Oficial No. 49.955 de 4 de agosto de 2016

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

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

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

(…)

ARTÍCULO 10. Se prohíbe la prestación de servicios de trasplante de órganos y tejidos a extranjeros no residentes en el territorio nacional, salvo que el receptor sea cónyuge o compañero permanente, pariente en cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, del donante.

El Ministerio de Salud podrá autorizar de manera transitoria los trasplantes a extranjeros no residentes cuando se compruebe debidamente que los tejidos disponibles son suficientes para cubrir la demanda interna. En todo caso los nacionales y los extranjeros residentes tendrán prelación.

Parágrafo. Cuando el receptor sea cónyuge o compañero permanente, se deberá probar además una convivencia superior a dos (2) años después de celebrado el matrimonio o reconocida la sociedad de hecho".

III. LA DEMANDA

El demandante considera que el artículo 10° (parcial) de la Ley 1805 de 2016 viola los derechos fundamentales a la igualdad, a la no discriminación en razón al origen, a la efectividad de los derechos de los extranjeros y a la salud al establecer una condición desproporcionada para los extranjeros no residentes para acceder a la donación de órganos – la prueba de la unión marital o la sociedad de hecho durante un término específico- y otorgar acceso pleno para dichos trámites a los nacionales y a los extranjeros residentes sin este requisito. Afirma que:

"el parágrafo normativo que ordena probar una convivencia superior de dos años, una vez se haya establecido la sociedad de hecho o la unión marital, se convierte en una carga procesal desproporcionada, dado que se constituye una obligación innecesaria y una

demora al procedimiento a realizar a la persona, limitando ostensiblemente la posibilidad de acceso a la salud, a la igualdad y a un orden justo; […] y establece situaciones de desigualdad material frente a un escenario que como la norma a estudiar lo menciona en el mismo artículo 10 ya adquiere restrictivas (sic)"[1].

Así mismo, señala que la diferencia de trato "pone en desproporción condicionales (sic) para aquellos que estén casados con colombianos pero que no residen en territorio colombiano o que se encuentran temporalmente aquí, además de ser los últimos en recibir, según la normatividad, adiciona que deben probar el término de su unión, carga que tiene que ser eliminada ya que no tiene razón de ser, ni puede considerarse o partir del hecho por parte del Legislador de que es una 'garantía', en el entendido de que de por sí la misma ley es una garantía y prioridad a la protección principalmente de los nacionales y residentes"[2]. Por ello, sostiene que, además de "cohibir (sic) de cierta forma la prelación de la salud de estas personas, derecho fundamental del ser humano, se adiciona otra carga probatoria que hace menos posible el alcance para acceder a este beneficio, así como de igual forma va en contra de las gestiones que realicen los particulares que se encuentren en el territorio, actuaciones que la Carta Política y en sí las normativas deben propender por su justo desarrollo"[3].

En su criterio, en tanto el artículo 10º establece una prohibición para los extranjeros la condición que exceptúa esa determinación pone en duda el acto jurídico, lo cual en su criterio atenta contra la igualdad y la no discriminación por el origen al establecer una excepción demasiado limitada que además genera perjuicios hacia los extranjeros[4].

Seguidamente, indica que con la norma demandada el Legislador desconoce que al Estado no le es permitido "cohibir a los habitantes" del territorio nacional del goce de sus derechos, especialmente el de la salud, así sea de manera temporal, pues una de sus principales obligaciones es ser garante de su prestación, bajo los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad.

Finalmente, en cuanto a los derechos de los extranjeros dentro del territorio nacional, el demandante expone lo dicho por la Corte Constitucional en las Sentencias T-1088 de 2012 y T-380 de 1998, providencias que señalan que, en virtud del artículo 100 de la Constitución Política: (i) el Legislador puede restringir o subordinar a determinadas condiciones

especiales el goce de determinados derechos civiles a los extranjeros, especialmente por razones de orden público; y (ii) los extranjeros gozan de los mismos derechos, garantías, libertades y oportunidades que los colombianos, por lo cual deben recibir la misma protección y trato por parte de las autoridades nacionales.

1. Ministerio de Relaciones Exteriores

La Cancillería, actuando a través del Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica Interna[5], solicita que se declare la EXEQUIBILIDAD de la expresión demandada. Argumenta que la disposición busca cubrir la demanda interna de solicitud de órganos destinados a trasplantes al beneficiar primero a los nacionales y extranjeros residentes y, como excepción, a quienes no residan en Colombia, a menos que demuestren las condiciones del parágrafo atacado o exista suficiente disponibilidad de tejidos. Lo anterior, materializa la defensa de los intereses de los connacionales y de las personas con vocación de permanencia. Así, califica la medida de proteccionista y preventiva con el objetivo de luchar contra el tráfico de órganos, sin que lo anterior discrimine a los residentes extranjeros.

2. Ministerio de Justicia y del Derecho

El Ministerio de Justicia y del Derecho, mediante su Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico[6], solicita que la Corte se INHIBA de emitir pronunciamiento por ineptitud sustantiva de la demanda. En su criterio, la demanda, ante el rechazo del cargo por violación del principio de buena fe, carece de certeza. Argumenta que la supuesta discriminación se desprende del primer inciso de la norma, no del parágrafo acusado. Por ello, considera que los planteamientos realizados no corresponden con el texto atacado, ya que éste lo que hace es establecer una excepción para el acceso a la donación de órganos.

Asevera que la disposición no discrimina a los extranjeros no residentes, pues solo exige probar un hecho para cumplir una condición que busca desincentivar simulaciones en las que se encuentre involucrado un beneficio económico, en el contexto del tráfico de órganos.

Así mismo, sostiene que la demanda no demuestra cómo la exigencia de esa condición afecta más a los extranjeros no residentes que a los nacionales y extranjeros residentes,

pues, en caso de cumplirse la condición, esa persona podría inclusive quedar en situación de ventaja respecto de los otros. Luego, la norma no contempla una prelación “sino un requisito para que un extranjero que no sea residente acceda de forma más expedita al servicio de trasplante de órganos o tejidos, como es que el órgano o tejido sea donado por su cónyuge o compañero permanente una vez cumplido tal requisito”[7].

3. Ministerio de Salud y Protección Social

El Ministerio de Salud y Protección Social, mediante apoderada[8], solicita la INHIBICIÓN por falta de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia de los cargos formulados. No obstante, no desarrolla ninguno de tales argumentos. En subsidio, solicita que se declare la EXEQUIBILIDAD del contenido normativo demandado.

En primer lugar, señala que el demandante incurre en imprecisiones por realizar una lectura aislada del artículo 10º de la Ley 1805 de 2016. Así, afirma que este olvida que la condición para acceder al trasplante de órganos se aplica a los extranjeros que no residen en Colombia. Explica que la norma regula una situación de permanencia precaria en el país y busca limitar el turismo para el trasplante. Además, la disposición contempla otra excepción, adicional a la de la prueba del tiempo de convivencia, relativa a la suficiencia de la demanda interna.

Enfatiza que la política de trasplantes de órganos y tejidos en Colombia responde al deber constitucional que se deriva del artículo 48 de la Constitución de garantizar el derecho a la seguridad social de todos los habitantes del territorio, es decir, de las personas que vivan o residan en el país. Por ello, aquellas deben tener prelación respecto al acceso a estos bienes. Igualmente, reitera la importancia del respeto por las listas de espera, los problemas que pueden derivarse de órdenes de tutela que las desconozcan y el requisito de suplir la demanda interna antes de que se conceda el acceso a un extranjero. Así, refiere la Declaración de Estambul y la Circular 1000-858 de 2009 del Instituto Nacional de Salud. Este último documento que señala que no es viable el trasplante a extranjeros por los protocolos de pre-trasplante, los estudios que se requieren y la inclusión en listas de espera. En tal sentido, anota que si bien en algún momento el trasplante a extranjeros ascendió al 16% (2005), después de la expedición del Decreto 2493 de 2004 y de la ley acusada, se ha logrado disminuir la práctica mediante su prohibición y las excepciones contempladas en la

ley.

A su vez, afirma que el marco regulatorio de los trasplantes tiene como fin la bioseguridad y la protección de la dignidad humana, por oposición a prácticas como el turismo de trasplantes y las transacciones comerciales por estos recursos. De este modo, explica que:

· La Ley 9º de 1979, en sus artículos 516 y 540-543, determinó los primeros lineamientos sobre el tema, además de establecer que la política la debía trazar el Ministerio de Salud, de conformidad con las respectivas licencias, estudios y análisis de riesgos.

· La Ley 73 de 1988 adicionó a la citada ley varias disposiciones entre las cuales se resalta la prohibición de recibir cualquier tipo de dinero o compensación por la donación o suministro de los componentes anatómicos.

· La Ley 191 de 2004 reformuló la anterior prohibición y la tipificó como delito.

· El Decreto 2493 de 2004 reglamentó parcialmente las primeras dos leyes referidas para reiterar la prohibición de la comercialización de componentes anatómicos y establecer el procedimiento para ejercer la vigilancia sanitaria correspondiente, así como los requisitos para los donantes vivos.

· Las Resoluciones 2640 de 2005 y 2003 de 2014 establecieron los requisitos para que las instituciones puedan prestar servicios de tal naturaleza.

· La Ley 1805 de 2016 amplió la presunción legal de donación de componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos y determinó las sanciones por su comercialización. En consonancia, la Resolución 481 de 2018 actualizó las anteriores resoluciones para determinar los requisitos que deben cumplir los bancos de tejidos y de médula ósea, así como las IPS habilitadas para el trasplante.

En segundo lugar, sostiene que el accionante se contradice, pues quiere hacer entender que la prohibición y excepciones operan para los extranjeros, en general, y no para aquellos que no residan en Colombia. Añade que la jurisprudencia constitucional ha admitido el trato diferenciado de extranjeros no residentes en estos asuntos, el cual se ha sujetado a una

prelación para nacionales y residentes hasta que la demanda interna se satisfaga.

Por último, realiza un juicio de igualdad a partir del cual concluye que la medida no tiene problemas de validez. Así, señala que la excepción cumple un fin constitucionalmente válido: la trasparencia en la donación de órganos sobre la base de la prevalencia del trasplante para los nacionales en el país y los extranjeros residentes, de conformidad con el artículo 49 de la Constitución. Además, persigue dar efectividad a los elementos de racionalidad y eficiencia del sistema de salud. Así mismo, asevera que la medida es adecuada, pues limita el turismo para buscar trasplantes de componentes anatómicos. Es necesaria, ya que no existe otra alternativa para garantizar el resultado esperado. Finalmente, respecto a la proporcionalidad en relación con la exigencia para los nacionales o residentes, "se observa que tal demostración está en consonancia con una orientación normativa que relieva la convivencia como un elemento determinante en la relación y que, en el caso planteado, los dos años constituyen una exigencia ponderada"[9].

4. Instituto Nacional de Salud

El Instituto Nacional de Salud, por medio de su Directora[10], manifiesta ADHERIRSE a lo dicho por el Ministerio de Salud y Protección Social. Sin embargo, añade que se debe tener en cuenta para el debate constitucional que en los casos de donación entre vivos siempre debe respetarse la autonomía del donante y deben estar claramente definidos los "límites de una relación demostrable entre el donante y el receptor que garantice, en lo posible, la donación con fines altruistas, para minimizar el tráfico de órganos"[11]. Así mismo, destaca el artículo 54 de la Ley de Ética Médica (Ley 23 de 1981), que regula la atención que los médicos deben prestar a los lineamientos establecidos sobre estos asuntos, al igual que la Declaración Médica Mundial sobre la Garantía de la Voluntad de los Donantes Vivos. Por último, refiere la Sentencia T-1088 de 2012, como un precedente relevante para resolver el asunto.

5. Universidad Externado de Colombia

La Universidad Externado de Colombia, mediante un profesor delegado[12], solicita que se declare la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA del contenido normativo acusado en el entendido de que la expresión "sociedad de hecho" debe entenderse como "unión marital de hecho".

Manifiesta que la demanda plantea tres problemas jurídicos diferenciables, a saber, si: (i) la regla establecida en el parágrafo del artículo 10º de la Ley 1805 de 2016 viola los derechos a la igualdad y no discriminación y a la salud, al exigir que el receptor de una donación de órganos o tejidos pruebe una convivencia superior a dos años, después de celebrado el matrimonio o una vez reconocida la existencia de la sociedad de hecho; (ii) es constitucional haber incluido la sociedad de hecho, cuando ésta no hace parte del texto del primer inciso del artículo parcialmente acusado; y (iii) si es válido que en la unión marital de hecho no se exija, después de haber sido declarada, una convivencia superior a los dos años[13].

Para comenzar, aclara que las definiciones de matrimonio y unión marital de hecho están contempladas en el Código Civil, así como la regla de interpretación gramatical (Art. 27). Así pues, explica que la sociedad patrimonial que surge de la unión marital de hecho comienza dos años después de haber sido iniciada la convivencia y tiene los efectos patrimoniales que la ley le ha asignado. Igualmente, señala que la sociedad de hecho es un concepto definido por la legislación comercial, que hace parte del derecho societario y que se da cuando la sociedad "no se constituye por escritura pública. [Así mismo,] su existencia [puede] demostrarse por cualquiera de los medios probatorios reconocidos en la ley"[14]. Explica que esta norma aplica en el derecho de familia "cuando la situación de los convivientes no se puede definir como matrimonio, [o] como unión marital de hecho, por no cumplir los requisitos de una y de otra"[15]. Lo anterior, en el primer caso, por no cumplir los requisitos del contrato matrimonial y, en el segundo, por tratarse de una unión marital con imposibilidad de conformar sociedad patrimonial, por ejemplo, por ausencia de disolución de las sociedades conyugales de los integrantes de la pareja.

Con fundamento en lo dicho, concluye que la redacción de la norma es antitécnica al equiparar dos figuras no comparables. Así en el primer inciso de la norma, exceptúa de la prohibición a quienes estén en unión marital de hecho. Sin embargo, en el parágrafo demandado no establece ningún requisito de acreditación para estas personas y, en cabio, consagra un requisito de acreditación para quienes tengan una sociedad de hecho reconocida.

En consecuencia, afirma que la disposición no viola los derechos a la igualdad, a la no discriminación y a la salud al exigir al receptor demostrar la convivencia superior a dos años porque el artículo 100 de la Constitución autoriza a limitar los derechos y garantías que

gozan los extranjeros en el país. Considera que la justificación se encuentra en que la falta de restricciones o condiciones especiales “podría dar lugar a un incremento del comercio ilegal de órganos y tejidos o llamado ´turismo de órganos´”[16]. Así, el trato diferente a los extranjeros no residentes en Colombia da una prelación legítima a los colombianos y a los extranjeros residentes, pues es un trato diferenciado entre desiguales, en tanto los últimos no residen en el país y, por ello, no realizan aporte alguno a los regímenes contributivo o subsidiado. De otra parte, a los extranjeros se les garantiza la atención en salud en casos de urgencia.

En cuanto al segundo problema jurídico planteado, sostiene que se debe incorporar el significado de la sociedad de hecho, pues de no hacerlo se permitiría que esa figura no tuviera que demostrar el requisito de convivencia de dos años, lo cual generaría desigualdades.

Finalmente, señala que es constitucional exigir la convivencia superior a dos años en la unión marital de hecho, después de haber sido declarada, a menos que la norma se refiera a tal figura por oposición a la sociedad de hecho, caso en el cual las dos instituciones tendrían el mismo requisito.

6. Academia Colombiana de Jurisprudencia

La Academia Colombiana de Jurisprudencia, por medio de designado[17], solicita que la Corte declare EXEQUIBLE el contenido normativo acusado. Para desarrollar sus argumentos cita la Sentencia T-1088 de 2012 en la cual se dice que el trato diferenciado entre los dos grupos es legítimo, pues busca garantizar los derechos fundamentales de los pacientes nacionales y extranjeros residentes que se encuentren en lista de espera, al igual que desincentivar el tráfico de órganos.

En línea con lo anterior, refiere los compromisos internacionales adquiridos por Colombia, a saber: la Red / Consejo Iberoamericano de Donación y Trasplante y sus recomendaciones sobre la necesidad de evitar que, como consecuencia del turismo de trasplantes, se debilite la capacidad del país de ofrecer servicios de trasplantes a su propia población. Especialmente, subraya que en una de las reuniones de la mencionada Red en Bogotá se dijo que las órdenes de tutela que concedían trasplantes a pacientes extranjeros violan los derechos de los nacionales.

Por ello, considera que el parágrafo del artículo acusado no establece una presunción de mala fe en contra de la sociedad de hecho o del matrimonio, sino que se trata de la constatación de condiciones para la viabilidad del trasplante, lo cual le da la posibilidad a extranjeros que no residen en Colombia de acceder a estos servicios.

Migración Colombia, actuando mediante apoderado judicial[18], solicita que se declare la EXEQUIBILIDAD de la norma parcialmente acusada, pues considera que no viola la Constitución Política. Para la entidad, la garantía del derecho a la salud de extranjeros se restringe a aquellos que están en el territorio. Así, afirma que es posible tratar de forma diferente a extranjeros y a nacionales y que la disposición no es discriminatoria ni viola el derecho a la igualdad; por el contrario, no excluye a nacionales ni a residentes y genera acceso a un servicio escaso para aquellas personas que no residen en Colombia, pero tienen vínculos con el país por intermedio de sus parejas.

8. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia

La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, por medio de su Vicedecano[19], solicita que se declare la EXEQUIBILIDAD de la norma parcialmente acusada. En su criterio, "el supuesto establecido en la disposición acusada [es decir,] el término de dos años se considera ajustado, dado el objeto de la ley 'donación de componentes anatómicos', pues se entiende que el Legislador quiso garantizar con este plazo que se hubiese establecido una fuerte, [y] sólida relación de vida entre las partes integrantes del matrimonio o de la unión marital de hecho"[20].

9. Facultad de Derecho de la Universidad Libre (Seccional Bogotá)

La Facultad de Derecho la Universidad Libre (Seccional Bogotá), por intermedio del Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional, un docente, una egresada y una estudiante[21], solicita que se declare EXEQUIBLE CONDICIONADAMENTE el aparte demandado en el entendido de que "cuando el matrimonio haya sido celebrado o la unión libre declarada 2 años antes de la solicitud de trasplante, se cumple con el requisito de convivencia. En los demás casos, se debe contar con libertad probatoria para acreditar debidamente la situación"[22].

Para sustentar su petición, comienza por precisar que el trasplante de órganos es un

servicio determinante para alargar y mejorar la vida de las personas. No obstante, existe un abismo entre la oferta y la demanda. En tal contexto, explica que con el objetivo de regular el tema se profirió la Ley 1805 de 2016, pero a su vez para garantizar el acceso equitativo al trasplante de componentes anatómicos y para luchar contra el tráfico de órganos. Respecto a esa lucha, cita instrumentos internacionales que repudian tal práctica y buscan prevenirla, como la Declaración de Mar de Plata de 2005, la Declaración de Estambul, la Resolución WHA57 de 2004 de la OMS y el Protocolo de Palermo. Uno de éstos la define como "la obtención, transporte, transferencia, encubrimiento o recepción de personas vivas o fallecidas o sus órganos mediante una amenaza, uso de la fuerza u otras normas de coacción, secuestro, fraude, engaño o abuso de poder o de posición vulnerable"[23].

A continuación, precisa que de conformidad con la Sentencia C-423 de 1997, el Legislador tiene cierta autonomía para establecer criterios razonables en la asignación de bienes escasos, lo cual materializa la disposición atacada.

Así mismo, argumenta que es posible establecer distinciones con fundamento en la nacionalidad bajo ciertas justificaciones y que aquello no necesariamente supone un juicio estricto de igualdad. Por ello, refiere las Sentencias T-675 de 2015, T-1088 de 2012 y T-728 de 2016 en las cuales se determinó ajustada la prelación de los nacionales y extranjeros residentes en el acceso a trasplantes de órganos.

Finalmente, aplica un juicio integrado de igualdad de conformidad con el cual encuentra que la medida persigue dos fines: (i) combatir el tráfico de órganos; y (ii) crear pautas de asignación de recursos escasos. Específicamente, busca "evitar que personas sin ninguna relación de residencia con el país o sin ningún vínculo real con el donante sean destinatarios de un bien escaso, a saber, los componentes anatómicos"[24], lo cual juzga legítimo, importante e imperioso. Así mismo, resalta que el medio es adecuado al fin y necesario, pues "no se observa la existencia de otro medio menos lesivo para garantizar que cuando el receptor sea extranjero no residente casado o en unión libre con un nacional, el Estado pueda verificar que el vínculo entre donante y receptor tenga la vocación de seriedad"[25]. En tal sentido, plantea que aun cuando la medida impone una carga adicional para los extranjeros, la misma es justificada siempre que se cuente con libertad probatoria para acreditar la convivencia.

10. Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario

El Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario, mediante cuatro de sus miembros y estudiantes[26], solicita que se declare la CONSTITUCIONALIDAD CONDICIONADA del artículo 10º (parcial) de la Ley 1805 de 2016 "en el sentido de que se debe exceptuar de la prueba exigida en el parágrafo a quienes estén en situación de necesidad y urgencia, cuando la misma les impida el acceso a los servicios de salud requeridos; (ii) [y se] interprete que los dos años para los compañeros permanentes deben ser probados desde la constitución de la unión marital de hecho y no desde el reconocimiento de la sociedad conyugal"[27].

En tal sentido, explican que la distinción entre los requisitos para los dos grupos se justifica en "la sostenibilidad fiscal del sistema de salud y los derechos de nacionales y extranjeros residentes, en razón a que solo estos últimos cumplen de forma permanente con las obligaciones que les impone la ley y la Constitución política colombiana"[28]. Para sustentar esas afirmaciones citan las Sentencias C-523 de 2003, T-1088 de 2012, T-314 de 2016 y T-705 de 2017 y concluyen que la accesibilidad en condiciones de igualdad a los servicios de trasplante de órganos y tejidos se encuentra matizada por los artículos 48 y 100 de la Constitución, y que la diferenciación en este caso se justifica con el reconocimiento progresivo del derecho a la salud.

Así pues, aseveran que el Estado colombiano ha identificado que existe un déficit en la cantidad de componentes anatómicos disponibles para ser donados y la Ley 1805 de 2016 se inscribe en la tarea de ampliar los bancos de órganos y brindar una mayor atención. Por ejemplo, mediante la inversión de la presunción de donación de órganos para que todas las personas sean donantes. No obstante, la norma reconoce que se trata de recursos escasos y, por ello, restringe su acceso de la forma anotada. En su criterio, tal restricción contempla el principio de progresividad de la garantía del derecho a la salud y, además, permite su acceso bajo algunas condiciones.

A continuación, aplican un test de proporcionalidad y concluyen que la disposición persigue un fin legítimo: garantizar de forma sostenible la prestación de servicios de donación de órganos, priorizando los recursos disponibles en razón de la nacionalidad y de los aportes hechos al régimen de seguridad social, lo cual es de pleno interés constitucional. Además,

cristaliza la lucha contra el tráfico de órganos. Igualmente, consideran que la medida es adecuada para el fin pretendido al permitir la adaptación del sistema de salud a los recursos disponibles y constatar que los móviles de la donación, en las excepciones, sean los vínculos familiares y el afecto y no la explotación económica.

Así, concluyen que la disposición no contraviene el derecho a la igualdad y la exigencia acusada es justificada, al armonizar los compromisos internacionales. No obstante, notan que tal restricción es aplicable a los casos generales, mas no a las situaciones excepcionales de urgencia y necesidad como lo establece la jurisprudencia de la Corte, por lo cual es necesario condicionar la norma. Igualmente, resaltan que la disposición impone una diferencia infundada entre los cónyuges y compañeros permanentes, pues para los últimos la exigencia de convivencia es de cuatro años, mientras que para los primeros es de dos años. Lo anterior en razón a que los compañeros permanentes deben demostrar una convivencia de dos años para que su sociedad patrimonial sea reconocida y dos años más para que la donación de órganos proceda.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

La Procuraduría General de la Nación solicita a la Corte Constitucional declarar INEXEQUIBLE el parágrafo del artículo 10º de la Ley 1805 de 2016.

Para la Vista Fiscal, el problema jurídico que se debe analizar es si "el parágrafo 1º del artículo 10º de la Ley 1805 de 2016 desconoce la efectividad de los derechos y deberes consagrados en la Constitución (art. 2 C.P.), y es violatorio de la igualdad (art. 13 y 100 C.P.) y la salud (art. 49 C.P.)"[29].

El Ministerio Público afirma que, en efecto, el parágrafo referido viola los artículos 2º, 13, 49 y 100 de la Constitución. Para comenzar, señala que se debe integrar la demanda respecto de la primera frase del parágrafo, pues en el evento en el cual se determine la inconstitucionalidad de la frase acusada, aquella perdería sentido. A continuación, precisa que "se permite la prestación de servicios de trasplante de órganos y tejidos a extranjeros no residentes en Colombia cuando el receptor sea cónyuge o compañero permanente del donante, entre otras relaciones aceptadas por la norma (…), como una de las excepciones a la prohibición general de prestar dichos servicios a esa población, aplicable únicamente cuando se hayan cubierto primero las necesidades de los colombianos y de los extranjeros

residentes en el país, como lo prevé el inciso segundo de la norma demandada”[30].

Explica que la disposición, además, califica las condiciones que deben cumplir el compañero permanente o cónyuges extranjero no residente en Colombia para ser receptor, a saber: la convivencia de dos años, después del matrimonio o del reconocimiento de la sociedad de hecho.

En tales términos, aclara que su intervención excluye la referencia al artículo 100 de la C.P., pues éste no cobija el supuesto contemplado en el artículo acusado, por regular los derechos de los habitantes en Colombia. A continuación, sostiene que lo dispuesto en el parágrafo referido viola la igualdad porque establece un trato discriminatorio, basado en el origen nacional, entre los cónyuges y compañeros permanentes extranjeros no residentes en el país, de una parte, y los cónyuges y compañeros permanentes colombianos y extranjeros residentes en el país, de otra. A partir de esta premisa, considera que se genera una discriminación de doble vía, puesto que los que tengan tales situaciones, pero residan en Colombia, pueden recibir donaciones, mientras que los otros tienen que cumplir un requisito adicional: probar la convivencia superior a dos años. Así, defiende que lo anterior no tiene en cuenta que en todos los casos la modificación del estado civil es idéntica.

Así pues, para la Procuraduría, la norma acusada establece un criterio de diferenciación prohibido por la Constitución: el origen nacional. De otra parte, considera que la prueba de convivencia es una carga desproporcionada, si se tiene en cuenta que “uno de los fines del matrimonio es vivir juntos y auxiliarse mutuamente y que en el caso de la unión marital de hecho es justamente la convivencia la que da lugar a su surgimiento”[31]. Más allá, añade que la restricción impide que los cónyuges o compañeros permanentes vivan conforme con los deberes de solidaridad propios de estas relaciones familiares. En tal sentido, sostiene que el requisito planteado es una barrera para el cumplimiento de uno de los fines del Estado: la garantía de la efectividad de los derechos, lo cual puede acentuarse en los casos en que no sea médicamente posible esperar dos años para un trasplante.

Adicionalmente, considera que la disposición también limita la autonomía personal al no permitir a una persona tomar la decisión de donar un órgano o tejido corporal a su compañero permanente sin el lleno del requisito mencionado.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. En virtud de lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4°, de la Carta Política, la Corte Constitucional es competente para conocer de esta demanda, pues se trata de una acusación de inconstitucionalidad contra un precepto que forma parte de una ley de la República.

Cuestiones previas: aptitud del cargo e integración de la proposición jurídica completa

2. Dos de los intervinientes, específicamente el Ministerio de Salud y Protección Social y el Ministerio de Justicia y del Derecho, plantean que la demanda es inepta, por lo cual la Corte no puede emitir pronunciamiento de fondo. El primero no refiere los motivos de su petición, aunque afirma que la demanda incumple todos los requisitos de aptitud desarrollados por jurisprudencia y, el segundo, sostiene que la demanda carece de certeza, pues el parágrafo parcialmente atacado no corresponde con el contenido normativo que genera la restricción al acceso a la donación de órganos y tejidos, sino que, en realidad, la acusación va contra el inciso primero de la norma, que no fue atacado.

De este modo, primero, la Sala verificará la aptitud de la demanda para establecer si es posible proferir una sentencia de fondo.

3. El artículo 2° del Decreto 2067 de 1991 señala los elementos que debe contener la demanda en los procesos de control de constitucionalidad[32]. Específicamente, el ciudadano que ejerce la acción pública de inconstitucionalidad contra una disposición determinada debe precisar: el objeto demandado, el concepto de la violación y la razón por la cual la Corte es competente para conocer del asunto. De este modo, la concurrencia de los tres requerimientos mencionados hace posible un pronunciamiento de fondo.

En cuanto al concepto de la violación, la jurisprudencia ha sido constante[33] en manifestar que los argumentos de inconstitucionalidad que se prediquen de las normas acusadas deben ser claros, esto es, que exista un hilo conductor en la argumentación que permita comprender el contenido de la demanda y las justificaciones que la sustentan;

ciertos, pues la demanda habrá de recaer sobre una proposición jurídica real y existente; específicos, en la medida en que el ciudadano precise la manera como la norma acusada vulnera la Constitución y formule al menos un cargo concreto; pertinentes, ya que el reproche debe fundarse en la apreciación del contenido de una norma superior que se explica y se enfrenta con la norma legal acusada, mas no en su aplicación práctica; y suficientes, por cuanto el demandante debe exponer todos los elementos de juicio necesarios para iniciar el estudio y éstos deben generar alguna duda sobre la constitucionalidad de la disposición acusada.

En el caso de cargos por violación de la igualdad, ya sea porque las normas excluyan o incluyan de manera inconstitucional a grupos o a individuos, la jurisprudencia ha sistematizado los presupuestos necesarios para considerar el cargo apto y generar una mínima duda constitucional que cumpla con el requisito de suficiencia. En el caso de un alegato en torno a tratos diferenciados, la Sentencia C-257 de 2015[34] precisó:

"Además de los requisitos generales, como lo reiteró la Sentencia C-283 de 2014, una demanda de inconstitucionalidad por violación del derecho a la igualdad debe cumplir unos presupuestos específicos para activar el control de constitucionalidad, que básicamente tendrá la estructura de un test de comparación. Estos elementos son: i) los términos de comparación –personas, elementos, hechos o situaciones comparables- sobre los que la norma acusada establece una diferencia y las razones de su similitud[35]; ii) la explicación, con argumentos de naturaleza constitucional, de cuál es el presunto trato discriminatorio introducido por las disposiciones acusadas y iii) la exposición de la razón precisa por la que no se justifica constitucionalmente dicho tratamiento distinto, es decir por qué es desproporcionado o irrazonable[36]. Esta argumentación debe orientarse a demostrar que 'a la luz de parámetros objetivos de razonabilidad, la Constitución ordena incluir a ese subgrupo dentro del conglomerado de beneficiarios de una medida'[37]".

4. El accionante sostiene que la condición de probar dos años de convivencia después del matrimonio o de declarada la sociedad de hecho para ser receptor de una donación de órgano o tejido por parte de su pareja, en el caso de extranjeros no residentes, viola los derechos a la salud (art. 49 C.P.), a la igualdad y no discriminación (Art. 13 C.P.), así como la efectividad de los derechos de los extranjeros (arts. 2 y 100 C.P.). Lo anterior, ya que los extranjeros y nacionales deben gozar del mismo trato y protección de las autoridades,

independientemente de su situación migratoria. En tal sentido, considera que la exigencia probatoria insertada en una excepción a la prohibición de donación a extranjeros no residentes es desproporcionada y, por ello, es discriminatoria con base en el origen nacional. En tal sentido, el actor cuestiona la proporcionalidad del requisito entre, de una parte, nacionales y extranjeros residentes y, de otra, extranjeros no residentes casados o en unión marital de hecho con una pareja colombiana. Sin embargo, no plantea, como algunos intervinientes lo suponen, una comparación entre los residentes casados o en sociedad de hecho con una pareja colombiana en relación con el momento a partir del cual se cuentan los dos años que configuran el requisito.

5. Para la Sala, la demanda es apta y cumple los requisitos mínimos establecidos para estudiarla de fondo. Si bien es cierto que se podría entender que la acusación se dirige contra la prohibición de donación de componentes anatómicos para extranjeros no residentes si se toman apartes aislados de la demanda, de una lectura integral de la misma es posible establecer que el accionante no ataca esa prohibición, sino que considera desproporcionado el requisito de prueba de convivencia de dos años que no se le exige a los extranjeros residentes ni a los nacionales. Por ejemplo, a manera de introducción a su demanda, el actor sostiene que la prueba de la convivencia superior a dos años en los dos supuestos referidos "se convierte en una carga procesal desproporcionada" por constituir "una obligación innecesaria y una demora al procedimiento a realizar a la persona, limitando ostensiblemente la posibilidad de acceso a la salud, a la igualdad y a un orden justo"[38]. Así mismo, aduce que estas personas, "además de ser los últimos en recibir (sic)", deben someterse a un requisito adicional, el cual juzga que debe eliminarse y enfatiza que la normativa ya contempla una garantía al priorizar a los nacionales y residentes. Además, señala que la circunstancia del origen nacional limita en exceso el derecho a la salud.

Así pues, la demanda plantea un reproche por violación de los derechos a la salud, a la igualdad y no discriminación y a la efectividad de los derechos de los extranjeros con fundamento en un criterio, en general, prohibido por la Constitución para realizar diferenciaciones: el origen nacional. En tal sentido, es posible extraer de la misma los términos de la comparación, a saber: (a) los nacionales y extranjeros residentes respecto de los (b) extranjeros no residentes unidos en matrimonio o cuando se les haya reconocido la sociedad patrimonial con una pareja colombiana. De otra parte, la diferencia de trato que se

reprocha se refiere a la desproporción del requisito para el acceso a la donación de órganos o tejidos anatómicos. De este modo, el común denominador de estas personas es que se trata de individuos que requieren de componentes anatómicos por diferentes motivos, como la insuficiencia de algún órgano, enfermedad o como consecuencia de un accidente. En cualquier caso, se trata de personas que encuentran comprometido el goce de su derecho a la salud por la necesidad de bienes escasos: los órganos o tejidos anatómicos. Por lo anterior, se considera que estos grupos son comparables, a partir del hecho de la necesidad de un órgano o componente anatómico.

En relación con el segundo de los requisitos que los cargos por violación del principio de igualdad deben tener, consistente en explicar por qué el trato es injustificado, el demandante no se refiere a la diferencia de trato entre nacionales y extranjeros residentes, por una parte, y extranjeros no residentes, por otra, sino específicamente a que la condición de probar la convivencia de dos años de la pareja casada o en sociedad de hecho limita en exceso el acceso a dichos bienes y supone que el vínculo jurídico entre el o la colombiana y el extranjero que integran la pareja es ficticio o es una forma de evadir la prohibición de donación para extranjeros no residentes. De esta forma, la alegada inconstitucionalidad reside en la desproporción del requisito respecto de los derechos a la salud, a la igualdad y a la no discriminación. Así, de una lectura conjunta del artículo 10º de la Ley 1805 de 2016, al eliminar la exigencia probatoria, como lo pretende el actor, la norma tendría el sentido pretendido por el actor porque quedaría vigente exclusivamente el requisito de que el extranjero no residente sea “cónyuge o compañero permanente, pariente en cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil del donante”.

Finalmente, el trato se plantea como irrazonable, pues para el demandante el Estado colombiano tiene el deber de satisfacer el derecho a la salud de todas las personas que se encuentren en su territorio y entiende que “los extranjeros cónyuges o familiares en los grados indicados en la presente ley, son habitantes del territorio nacional, por lo que es menester brindarles protección acorde a los fines del Estado y las prelaciones constitucionales establecidas en nuestra Carta”[39].

En razón a lo anterior, para la Sala el demandante cumple la carga de suficiencia que ha sido delimitada para los cargos por violación del derecho a la igualdad al referir: los términos de la comparación, la delimitación del presunto trato discriminatorio y los motivos

por los cuales tal trato no es proporcionado o razonable.

Para el Ministerio de Justicia y del Derecho, el cargo es incierto, pues considera que la demanda ataca la prohibición general de donación de componentes anatómicos para extranjeros no residentes. No obstante, lo advertido en la demanda evidencia que el cargo no se dirige contra la prohibición general, sino por considerar que la excepción a la regla es demasiado gravosa. En tal sentido, se dirige efectivamente contra apartes del parágrafo del artículo 10º de la Ley 1805 de 2016 y no contra el primer inciso, como se afirma.

Así las cosas, el demandante cumple la carga de sustentar las razones de inconstitucionalidad que cuestionan la validez del precepto normativo parcialmente acusado en relación con los derechos a la igualdad y a la no discriminación, a la salud y a la efectividad de los derechos de los extranjeros. En consecuencia, el cargo es apto y será analizado en esta providencia.

Integración normativa

6. El Ministerio Público considera que es preciso integrar la unidad normativa respecto de la primera frase del parágrafo, pues, en el caso en el que proceda la declaratoria de inconstitucionalidad, tal fragmento normativo perdería sentido. La Sala Plena coincide con tal criterio, como se pasa a explicar.

7. El artículo 6° del Decreto 2067 de 1991 permite a la Corte Constitucional pronunciarse sobre aquellas normas que, a su juicio, conforman una unidad normativa con el precepto acusado[40]. Esta facultad conocida como la integración normativa desarrolla importantes mandatos constitucionales como la economía procesal y la seguridad jurídica, a través de la eficacia del control abstracto de constitucionalidad y la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, al garantizar la coherencia del ordenamiento[41].

La jurisprudencia ha dicho que la integración de la proposición jurídica completa procede cuando: (i) se demande una disposición cuyo contenido deóntico no sea claro, unívoco o autónomo; (ii) la disposición cuestionada se encuentre reproducida en otras disposiciones que posean el mismo contenido deóntico de aquella[42]; y, finalmente, cuando (iii) la norma se encuentre intrínsecamente relacionada[43] con otra disposición que pueda ser,

presumiblemente, inconstitucional[44].

Ahora bien, para el primer supuesto, en el cual un contenido normativo puede no ser autónomo, como en el caso de la demanda de expresiones de una norma, este Tribunal ha precisado que no siempre que se demanda un fragmento de una disposición normativa se está frente a una proposición jurídica incompleta. Igualmente, en este punto debe tenerse en cuenta que, aunque una expresión resulte desde el punto de vista semántico y sintáctico, claro y unívoco, puede ocurrir que tales atributos no resulten predicables desde la perspectiva jurídica[45].

Por estas razones, la jurisprudencia constitucional ha indicado que, para resolver los cargos de inconstitucionalidad formulados contra fragmentos normativos, deben tenerse en cuenta dos aspectos: (i) que lo acusado sea un contenido comprensible como regla de derecho que pueda contrastarse con las normas constitucionales; y (ii) que los apartes que no han sido demandados perderían la capacidad de producir efectos jurídicos en caso de declararse la inexequibilidad del fragmento normativo demandado, evento en el cual es procedente la integración de la unidad normativa[46].

8. En esta oportunidad sucede lo planteado en el segundo supuesto, en tanto que si la expresión acusada del parágrafo del artículo 10º de la Ley 1805 de 2016 llegara a ser retirada del ordenamiento, la expresión no demandada – "cuando el receptor sea cónyuge o compañero permanente"- perdería sentido. De la misma forma, el contenido normativo acusado no es autónomo de la primera premisa establecida en el parágrafo referido. Lo anterior porque la misma determina el sujeto de la condición a quien se le impone la exigencia probatoria, a saber, el integrante de la pareja que es extranjero y no reside en Colombia. Por lo anterior, es necesario integrar tal fragmento para considerar los cargos planteados.

De conformidad con lo expuesto, la Sala procederá a integrar al objeto del examen de validez la expresión "cuando el receptor sea cónyuge o compañero permanente", en tanto conforma una unidad normativa con el resto del parágrafo acusado y así será analizado.

Planteamiento del problema jurídico y metodología

9. De lo precedente se desprende que para el demandante la diferencia de trato

entre, de una parte, nacionales y extranjeros residentes y, de otra, extranjeros no residentes casados o en unión marital de hecho con colombianos, que consiste en sujetar a estos últimos al requisito de probar la convivencia por dos años después del matrimonio o de declarada la sociedad de hecho para ser receptor y donante de la pareja es discriminatorio, desproporcionado y viola los derechos a la salud y a la efectividad de los derechos de los extranjeros.

Para los Ministerios de Relaciones Exteriores, de Salud y Protección Social, Instituto Nacional de Salud, la Universidad Externado de Colombia, la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Migración Colombia y la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, el contenido normativo acusado es constitucional, pues: (i) tiene como objetivo desincentivar el tráfico de órganos y su compra ilegítima; (ii) defiende los intereses de los connacionales y de las personas con vocación de permanencia al darles prelación en la recepción de componentes anatómicos en consonancia con los derechos que tienen como habitantes, sin anular el acceso de los extranjeros con vínculos con el país; (iii) la disposición busca limitar el turismo para el trasplante; (iv) el Legislador está habilitado para restringir el acceso a servicios de salud para los extranjeros no residentes; (v) protege la bioseguridad y la dignidad humana; y (vi) garantiza el establecimiento de una sólida relación entre las partes integrantes del matrimonio o de la unión marital de hecho.

La Facultad de Derecho de la Universidad Libre (Seccional Bogotá) solicita que se declare la exequibilidad condicionada en el entendido de que “cuando el matrimonio haya sido celebrado o la unión libre declarada dos años antes de la solicitud de trasplante, se cumple con el requisito de convivencia. En los demás casos, se debe contar con libertad probatoria para acreditar debidamente la situación”[47].

El Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario solicita que se declare la constitucionalidad condicionada del artículo 10º (parcial) de la Ley 1805 de 2016 en el entendido de que “se debe exceptuar de la prueba exigida en el parágrafo a quienes estén en situación de necesidad y urgencia, cuando la misma les impida el acceso a los servicios de salud requeridos; (ii) [y se] interprete que los dos años para los compañeros permanentes deben ser probados desde la constitución de la unión marital de hecho y no desde el reconocimiento de la sociedad conyugal”[48].

La Procuraduría General de la Nación sostiene que la disposición debe declararse inexequible en tanto genera un trato desigual entre los cónyuges y compañeros permanentes extranjeros no residentes en el país, de una parte, y los cónyuges y compañeros permanentes colombianos y extranjeros residentes en el país, de otra, sin fundamento legítimo. Igualmente, afirma que la exigencia de prueba de convivencia de dos años es desproporcionada y configura una barrera para cumplir los deberes en las relaciones familiares, como el de solidaridad.

En este punto, cabe precisar que, aun cuando la Universidad Externado de Colombia, la Facultad de Derecho y el Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario plantean argumentos en relación con la diferencia que genera el requisito acusado entre las parejas unidas por matrimonio y por unión marital de hecho, puesto que para unas el requisito de convivencia es de cuatro años, mientras que para las otras es de dos años, tal cargo no fue planteado en la demanda. El accionante no cuestionó tal supuesto ni presentó consideraciones sobre el tema. En consecuencia, la Corte no se pronunciará sobre tales argumentos, al exceder el objeto de la demanda.

10. De conformidad con lo planteado, la Sala debe decidir si:

¿El parágrafo del artículo 10º de la Ley 1805 de 2016 viola los derechos a la salud, a la igualdad y no discriminación y a la efectividad de los derechos de los extranjeros con fundamento en el origen nacional, al exigir a las parejas conformadas con un extranjero no residente en Colombia la convivencia de dos años, después de celebrado el matrimonio o declarada la unión marital de hecho, para acceder a la donación de órganos y componentes anatómicos?

Así pues, la Sala reiterará la jurisprudencia sobre: (i) el derecho a la salud de los extranjeros en Colombia; (ii) la donación de órganos para extranjeros no residentes; y (iii) el juicio integrado de igualdad, para, con fundamento en las reglas que se desprenden de lo anterior, resolver el problema jurídico planteado.

El derecho a la salud de los extranjeros en Colombia. Reiteración de jurisprudencia[49]

11. La Constitución contempla tres grupos para los habitantes en Colombia: (i) nacionales (Artículos 96 y 97); (ii) ciudadanos (Artículos 98 y 99); y (iii) extranjeros (Artículo

100). Respecto a esta última categoría, el artículo referido señala que "los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros". Adicionalmente, la misma norma establece que los extranjeros en el territorio colombiano gozarán de las mismas garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones establecidas en la Carta Política y en la ley.

12. Esta Corporación se ha pronunciado sobre las implicaciones que tiene la disposición superior anteriormente mencionada. En efecto, la Sentencia T-215 de 1996[50] indicó que ese artículo garantiza que los extranjeros sean tratados en condiciones de igualdad en materia de derechos civiles y asegura la protección jurídica de las garantías constitucionales a las que tienen derecho en su calidad de extranjeros.

Adicionalmente, la decisión señaló que el reconocimiento de derechos genera al mismo tiempo una exigencia a los extranjeros de cumplir la Constitución Política y la ley, tal y como lo establece el artículo 4º constitucional, el cual dispone que "[E]s deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades".

13. Lo anterior ha sido reiterado en múltiples oportunidades[51]. Por ejemplo, en las Sentencias T-321 de 2005[52] y T-338 de 2015[53], esta Corporación indicó que la Constitución Política reconoce una condición general de igualdad en el ejercicio de derechos civiles entre colombianos y extranjeros. No obstante, los últimos pueden ser excepcionalmente subordinados a condiciones especiales, o incluso se puede negar el ejercicio de determinados derechos por razones de orden público. Así mismo, reiteraron que el reconocimiento de derechos a los extranjeros genera la obligación de cumplir todos los deberes que les sean exigibles en dicha calidad.

14. Como se observa, la Corte ha sostenido que no toda diferenciación por el origen genera la misma tensión ni debe ser analizada con la misma intensidad. De esta manera, tanto el ámbito en el que se adopta determinada regulación, como los derechos involucrados, son criterios que deben ser evaluados para determinar en qué casos una diferenciación basada en la nacionalidad es constitucionalmente inadmisible[54]. Es decir, el derecho a la igualdad

no opera de la misma manera y con similar arraigo en todos los casos para los nacionales y los extranjeros.

Además de la anterior regla, la Corte ha fijado y reiterado otras reglas jurisprudenciales que han delimitado el alcance de los derechos de los extranjeros y los criterios que deben ser evaluados al momento de efectuar diferenciaciones. La Sentencia C-834 de 2007[55] recopiló algunas de estas, al conocer de una demanda en contra de la expresión "los colombianos" contenida en el artículo 1° de la Ley 789 de 2002[56]. En esa oportunidad reiteró las siguientes reglas sobre las distinciones entre los dos grupos:

"(…) (iii) en ningún caso el legislador está habilitado para desconocer la vigencia y el alcance de los derechos fundamentales garantizados en la Carta Política y en los tratados internacionales en el caso de los extranjeros, así aquéllos se encuentren en condiciones de permanencia irregular en el país[57]; (…)

(vii) la ley no puede restringir, en razón de la nacionalidad, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, dado que ellos son inherentes a la persona y tienen un carácter universal[58];

(viii) el mismo artículo 100 de la Constitución atenúa la fuerza de la expresión 'origen nacional' contenida en el artículo 13, cuando ella se aplica a las situaciones en que estén involucrados los extranjeros[59]; (…);

(xii) el reconocimiento de los derechos de los extranjeros no implica que en nuestro ordenamiento esté proscrita la posibilidad de desarrollar un tratamiento diferenciado en relación con los nacionales[60];

(xiii) la sola existencia de un tratamiento legal diferenciado entre los trabajadores nacionales y los trabajadores extranjeros no tiene por qué reputarse inconstitucional, pues la Carta Política, recogiendo el contenido que hoy se le imprime a la igualdad como valor superior, como principio y como derecho, ha contemplado la posibilidad de que se configure un tratamiento diferenciado… lo importante es, entonces, determinar si ese tratamiento diferenciado es legítimo o si está proscrito por el Texto Fundamental[61];

(xiv) la aplicación de un tratamiento diferente debe estar justificado por situaciones de

hecho diferentes, una finalidad objetiva y razonable y una proporcionalidad entre el tratamiento y la finalidad perseguida[62]; (…)

(xvi) cuando el legislador establezca un trato diferente entre el extranjero y el nacional, será preciso examinar si el objeto regulado permite realizar tales distinciones, la clase de derecho que se encuentre comprometido, el carácter objetivo y razonable de la medida, la no afectación de derechos fundamentales, la no violación de normas internacionales y las particularidades del caso concreto[63]; y

(xvii) el legislador no está impedido para instituir un determinado trato diferencial entre nacionales y extranjeros, si existen razones constitucionales legítimas que así lo justifiquen"[64].

15. Con base en lo expuesto, puede concluirse, en primer lugar, que si bien existe un mandato de igualdad expreso entre extranjeros y nacionales en el artículo 100 constitucional, la Carta autoriza la posibilidad de desarrollar un tratamiento diferenciado en relación con los nacionales; y, en segundo lugar, que las diferenciaciones realizadas con fundamento en la nacionalidad, por basarse en un criterio sospechoso de discriminación, son inadmisibles, salvo que existan suficientes razones que las justifiquen.

Las obligaciones del Estado colombiano respecto a la garantía del derecho a la salud de extranjeros no residentes[66]

16. De conformidad con lo establecido en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, la Seguridad Social en Salud es un servicio público obligatorio a cargo del Estado sujeto a los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad, cuya prestación implica que debe garantizarse a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Con fundamento en lo anterior, el Legislador profirió la Ley 100 de 1993 que creó el Sistema General de Seguridad Social en Salud como un servicio de cobertura universal para todos los colombianos[67].

Adicionalmente, el artículo 157 de la mencionada norma consagra dos tipos de afiliaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud: (i) régimen contributivo y (ii) régimen subsidiado. En relación con el régimen contributivo, la norma dispone que se deben afiliar las personas con capacidad de pago, por ejemplo, los vinculados al sistema a través de un

contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y los trabadores independientes. Respecto del régimen subsidiado, la ley dispone que se deben afiliar todas las personas que no tengan capacidad para pagar la totalidad de las cotizaciones al sistema.

Asimismo, el artículo 157 de la Ley 100 de 1993 establece que las personas que, por motivos de incapacidad de pago, no se hubieran afiliado al Sistema de Seguridad Social, tendrían la calidad de participantes vinculados y, por consiguiente, podrían recibir los servicios de salud que prestan las instituciones públicas y las privadas que tengan contrato con el Estado, mientras se afilian al régimen subsidiado.

Posteriormente, el Congreso de la República profirió la Ley 715 de 2001, la cual aumentó los subsidios a las entidades territoriales, para que, a partir de los ingresos con destinación específica para salud y los ingresos corrientes de libre destinación, se garantizara la continuidad y cobertura universal en salud a la población que no se encuentra afiliada al sistema de salud por cinco años adicionales. Más adelante, se profirió la Ley 1122 de 2007, cuyo artículo 9º aumentó el plazo para la cobertura universal de salud en los niveles I, II y III del Sisbén por tres años más.

La Ley 1438 de 2011, "Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones" reiteró el principio de universalidad del sistema y su artículo 32 derogó la figura de participantes vinculados, al establecer que el Gobierno Nacional desarrollaría todos los mecanismos para garantizar la afiliación de todos los residentes del Estado al Sistema General de Seguridad Social en Salud[68]. Asimismo, determinó que cuando una persona que requiera la atención en salud no se encuentre afiliada al sistema ni tenga capacidad de pago, deberá ser atendida obligatoriamente por la entidad territorial y ésta última deberá iniciar el proceso para que la persona se pueda afiliar al sistema en el régimen contributivo o subsidiado[69].

17. En tal sentido, es relevante referir la jurisprudencia que ha abordado el tema. El reclamo de acceso y atención en salud por extranjeros no residentes ha sido un problema abordado en sede de tutela, inclusive por la Sala Plena de la Corte Constitucional y, por ello, es relevante acudir a esos precedentes para entender el alcance que se le ha dado a la protección del derecho a la salud de los extranjeros no residentes, como elemento relevante

para establecer el contorno de las obligaciones para Colombia en este aspecto.

Así pues, la jurisprudencia[70] ha concluido que de la distinción entre nacionales y residentes, por una parte, y extranjeros no residentes, por otra, surge válidamente que la obligación del Estado colombiano de garantizar el derecho a la salud está delimitado a proveer un mínimo de prestación de servicios por parte del Estado en casos de necesidades básicas y de urgencia con el fin de atender sus solicitudes más elementales y primarias, lo que no restringe al Legislador para ampliar su protección con la regulación correspondiente.

En otras palabras, toda persona, incluyendo a los extranjeros no residentes, tienen derecho a recibir una atención mínima del Estado en casos de extrema necesidad y urgencia, en aras de atender sus necesidades primarias y respetar su dignidad humana; un núcleo esencial mínimo que el Legislador no puede restringir, especialmente en materia de salud. Más allá, la prestación del servicio de salud para los extranjeros no residentes tiene una zona complementaria la cual "es definida por el correspondiente órgano político de representación popular, atendiendo a la disponibilidad de recursos económicos y prioridades coyunturales"[71]. Por eso, el Legislador, dentro de su margen de configuración normativa y actuando en cumplimiento de los tratados internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales que incorporan un mandato de progresividad, puede ampliar la cobertura del sistema de protección social hacia los extranjeros[72].

18. En concordancia, los artículos 168 de la Ley 100 de 1993, 10, 15[73] y 67 de la Ley 715 de 2001 establecen que toda persona, sea residente o no, tiene derecho a recibir atención de urgencias, la cual debe ser provista por todas las entidades públicas y privadas prestadoras del servicio de salud a todas las personas, independientemente de su capacidad de pago y condición migratoria[74].

Ahora bien, la Resolución 6408 de 2016 expedida por el Ministerio de Salud, establece que la atención de urgencias es una "modalidad de servicios de salud, que busca preservar la vida y prevenir las consecuencias críticas, permanentes o futuras, mediante el uso de tecnologías en salud para la atención de usuarios que presenten alteración de la integridad física, funcional o mental, por cualquier causa y con cualquier grado de severidad"[75] .

19. De conformidad con lo anterior, las Sentencias T-705 de 2017[76], SU-677 de 2017[77]

y T-210 de 2018[78] han tutelado los derechos a la salud y a la vida digna de inmigrantes en situación irregular y han ordenado la atención en salud requerida por estas personas en casos de cáncer y hernia, al igual que en una de esas decisiones se determinó que la falta de atención durante el embarazo y el parto violaba el derecho a la salud y a la vida de una mujer venezolana en situación irregular[79]. La última de las decisiones referida dijo al respecto:

"[… C]uando carezcan de recursos económicos, los migrantes con permanencia irregular en el territorio nacional tienen derecho a recibir atención de urgencias[80] con cargo al Departamento, y en subsidio a la Nación cuando sea requerido, hasta tanto se logre su afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud[81]. Es de aclarar que, con esta interpretación, la Corte no extiende el alcance del derecho a la salud de manera más amplia a la que el Gobierno Nacional ya ha establecido.

Además, se puede concluir que para aquellos migrantes de paso y/o aquellos que no han regularizado su estatus migratorio dentro del país, el SGSSS no ha previsto una cobertura especial más allá de la 'atención de urgencias' y de las acciones colectivas de salud con enfoque de salud pública"[82].

El anterior criterio fue reiterado en la Sentencia T-348 de 2018[83] que consideró que no se le habían violado los derechos a la salud y a la no discriminación a un inmigrante irregular venezolano VIH positivo al negarle el suministro de medicamentos, pues se le había provisto de "la atención mínima de urgencia", la cual no contemplaba la provisión de antiretrovirales, en la medida en que el paciente era asintomático y el médico tratante no había conceptuado sobre la urgencia de la entrega de los mismos[84]. Este acercamiento está presente desde la Sentencia T-239 de 2017[85], la cual también consideró que no se habían violado los derechos de un migrante irregular que requería de una diálisis y un traslado a una unidad de cuidados intensivos en la medida en que se le había prestado la atención mínima de urgencia que requería.

20. En suma, las obligaciones del Estado de garantizar el derecho a la salud y su prestación en el servicio público para extranjeros no residentes tienen diferentes matices en tanto se deben analizar caso a caso. No obstante, en general, se refieren a la provisión de atención de urgencia, en los términos explicados, en aras de satisfacer las necesidades

primarias y respetar la dignidad humana de estas personas. Por su parte, la provisión de otro tipo de servicios de salud a cargo del Sistema General de Salud está sujeta a la regularización de estas personas en el país mediante los mecanismos establecidos para ello.

La donación de órganos para extranjeros no residentes

21. Las Leyes 9º de 1979 “por la cual se dictan medidas sanitarias”, 73 de 1988 “Por la cual se adiciona la Ley 09 de 1979 y se dictan otras disposiciones en materia de donación y trasplante de órganos y componentes anatómicos para fines de transplantes u otros usos terapéuticos”, 919 de 2004 “por medio de la cual se prohibió la comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplante y se tipificó como delito su tráfico” y 1805 de 2016, en conjunto con diferentes normativas de orden reglamentario[86], conforman el marco legal para la donación de componentes anatómicos en Colombia.

22. La Ley 9° de 1979, que regula aspectos sanitarios en diferentes ámbitos, en lo relevante, reglamenta la “donación o el traspaso y la recepción de órganos, tejidos o líquidos orgánicos utilizados con fines terapéuticos”[87] para lo cual dispone que el Ministerio de Salud es la entidad encargada de establecer las certificaciones requeridas para los establecimientos que realizan estos procedimientos, prevé que los mismos no pueden suponer riesgos extraordinarios, además de establecer las normas y procedimientos para “la obtención, conservación y utilización de órganos, tejidos o líquidos orgánicos de cadáveres o proporcionados por seres vivos para fines terapéuticos”. Así mismo, determina que los establecimientos referidos deben contar con licencias para recibir o realizar donaciones de componentes anatómicos.

23. La Ley 79 de 1988, parcialmente vigente, tiene como objeto regular la donación de componentes anatómicos y modifica la anterior normativa en algunos aspectos. Así, reitera la comptencia del Gobierno para regular la donación de órganos, al igual que el funcionamiento de los Bancos de Órganos y, en la parte ahora derogada, establecía que dicha donación requería del consentimiento expreso de las personas con una excepción. Así pues, disponía que, en casos de fallecimiento, cuando “una persona durante su vida se [hubiera] abstenido de ejercer el derecho que tiene a oponerse a que de su cuerpo se extraigan órganos o componentes anatómicos” y después de un periodo para que sus

sobrevivientes se manifestaran al respecto, operaría la presunción legal de donación. Tal disposición fue declarada exequible mediante Sentencia C-933 de 2007[88] por considerar que no violaba los derechos a la libertad de conciencia, a la libertad de cultos, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad personal y familiar ni el artículo 101 de la Constitución. Sin embargo, como se dijo, ese aspecto de la regulación ha sido modificado en la actualidad.

La normativa también regula el "retiro de componentes anatómicos de un cadáver, para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos" y establece el requisito de realizar pruebas de VIH antes de cualquier procedimiento, al igual que prohíbe el ánimo de lucro por la donación o suministro de los componentes anatómicos.

24. La Ley 919 de 2004 reitera la prohibición de cualquier forma de compensación, pago en dinero o en especie por los componentes anatómicos, establece que su motivación debe responder a razones humanitarias y penaliza la venta, comercialización o tráfico de componentes anatómicos.

25. Finalmente, la Ley 1805 de 2016 amplía la presunción legal de donantes para establecer que la misma opera "cuando una persona durante su vida se ha abstenido de ejercer el derecho que tiene a oponerse a que de su cuerpo se extraigan órganos, tejidos o componentes anatómicos después de su fallecimiento". En tal sentido, la donación de componentes anatómicos ya no opera bajo la condición de expresar la voluntad en vida, sino mediante la presunción de ser donante, a menos de que se haya expresado la oposición en vida. Lo anterior, para los mayores de edad, en tanto para los niños y niñas se requiere del consentimiento de los representantes legales. Igualmente, establece: (i) obligaciones relacionadas con la divulgación y promoción de la donación de estos componentes; (ii) la detección de posibles donantes; (iii) la reglamentación en casos en que se requiera realizar autopsia; (iv) las entidades y requisitos para realizar estos procedimientos; (v) la administración del Registro Nacional de Donantes; y (vi) la Lista de Personas en Espera de Donación y su administración a cargo del Instituto Nacional de Salud, entre otros asuntos.

26. En lo relevante a la donación de componentes anatómicos para extranjeros no residentes, previamente, el artículo 40 del Decreto 2493 de 2004 la permitía "siempre y

cuando no exist[ieran] receptores nacionales o extranjeros residentes en Colombia en lista regional y nacional de espera, teniendo en cuenta los criterios únicos técnico-científicos de asignación y selección y previa suscripción de contrato de la institución con el receptor o la entidad que asumirá el costo de la atención". Igualmente, exigía a las IPS la emisión de un certificado "de la no existencia de receptores en lista de espera nacional a la Coordinación Regional de la Red de Donación y Trasplantes o la certificación de que habiendo lista de espera nacional, no existen las condiciones logísticas para trasladar de una región a otra el componente anatómico o el paciente"[89].

El artículo 10° de la Ley 1805 de 2016 derogó esa disposición y determinó una prohibición general de donar componentes anatómicos a extranjeros no residentes, pero formuló dos excepciones: (i) la autorización por parte del Ministerio de Salud, de forma transitoria, de trasplantes de tejidos cuando se compruebe que los tejidos disponibles son suficientes para cubrir la demanda interna; y (ii) "cuando el receptor sea cónyuge o compañero permanente", sujeto a la prueba de "una convivencia superior a dos (2) años después de celebrado el matrimonio o reconocida la sociedad de hecho".

27. Si bien el anterior marco normativo ha sufrido algunos cambios, cabe resaltar cuatro elementos que han sido determinantes en el desarrollo de esta regulación y que se desprenden de los principios de dignidad humana e igualdad y del respeto por la vida humana, a saber: (i) cualquier tipo de compensación o retribución por la donación o suministro de un órgano o tejido se encuentra prohibida; (ii) el tráfico de órganos, tejidos o componentes anatómicos es un delito; (iii) el acceso a este tipo de recursos escasos se encuentra delimitado por un sistema de turnos que se otorgan con base en criterios técnico-científicos de asignación y selección; y (iv) los nacionales y residentes tienen prelación en el acceso a estos bienes sobre los extranjeros no residentes.

Específicamente, en lo relativo a la materia objeto de esta demanda, tanto la legislación vigente como la previa en materia de donación de órganos a extranjeros no residentes es restringida. El motivo de ese trato diferencial es la prevención y castigo del llamado "turismo de órganos", cuya prevención es una obligación para el Estado.

Jurisprudencia sobre donación de órganos

28. La jurisprudencia se ha pronunciado en varias oportunidades sobre: (i) la cobertura del

Sistema General de Salud en la donación de componentes anatómicos; (ii) el sistema de turnos; y (iii) la diferenciación en el acceso a trasplantes de componentes anatómicos y a listas de espera con tal objetivo entre residentes y no residentes.

29. Sobre el primer punto, principalmente, hasta el año 2006, las controversias resueltas en sede de tutela versaron sobre la negativa de algunas EPS de autorizar trasplantes de órganos porque esos tratamientos no se encontraban incluidos en el POS[90]. En general, en estas decisiones se consideró que las reglas vigentes sobre el suministro de medicamentos, servicios médicos o tratamientos no contemplados en el POS y la protección de los derechos a la salud y a la vida requerían ordenar la autorización del procedimiento y la adopción de todas las medidas para realizar el trasplante[91]. Es decir, en esta primera etapa no se abordó el tema de los turnos o las donaciones a extranjeros no residentes. No obstante, en al menos uno de los casos se ordenó la realización del procedimiento en un término de cuatro meses[92].

30. La Sentencia T-568 de 2006[93] abordó el asunto de los turnos al estudiar una acción de tutela por el incumplimiento de un orden de realizar un trasplante hepático en los 15 días siguientes después de haberse verificado su necesidad, cuando después de tres años el mismo no había sido realizado. La decisión concluyó que "no se pueden ordenar trasplantes en términos perentorios porque con ello se afecta a otros pacientes que se encuentran en la misma situación, por tanto, la asignación de turnos para rescate de órganos no vulneran en forma alguna el derecho a la salud"[94]. Esta posición fue reiterada mediante Sentencia T-111 de 2010[95].

31. Ahora bien, la Sentencia T-269 de 2008[96] se apartó de la posición mayoritaria y determinó que someter a una mujer extranjera al sistema de turnos y a la condición de que no existieran nacionales o residentes en las listas nacional y regional violaba su derecho a la vida, por la gravedad de su estado[97]. No obstante, esta postura no ha sido reiterada. Por el contrario, como se explicará a continuación, se ha dicho en sede de tutela, bajo el régimen anterior, que no es posible afectar el sistema de turnos y la prevalencia de los colombianos y residentes como requisito de acceso para los extranjeros no residentes.

32. Finalmente, respecto al tercer asunto, la prelación de nacionales y residentes respecto a extranjeros no residentes, la jurisprudencia ha establecido que tal determinación

no viola los derechos a la igualdad, a la salud ni a la vida[98].

Cabe destacar la Sentencia T-728 de 2016[99] que reiteró la regla formulada en la Sentencia T-1088 de 2012[100], al precisar que la diferencia contemplada en el Decreto 2493 de 2004, vigente para ese momento, entre residentes y no residentes para acceder a la donación de órganos era válida. Por ello, consideró que las instituciones accionadas no violaron los derechos fundamentales de un ciudadano Hondureño, casado con una colombiana, pero con visa de permanencia temporal en Colombia, al negarse a incluirlo en la lista de espera de trasplante de hígado. La decisión sostuvo que, en tanto existían 134 personas nacionales o residentes en espera del mismo órgano, su situación no configuraba los requisitos de la norma[101]. La providencia, al verificar la expedición de la normativa actualmente acusada, exhortó al Ministerio de Salud y al Instituto Nacional de Salud para que reglamentaran el artículo 10° de la Ley 1805 de 2016, específicamente la posibilidad de autorizar de forma transitoria estos procedimientos en los eventos en que no existieran receptores nacionales o extranjeros.

33. En suma, la línea jurisprudencial vigente establece que, como regla general, no se vulneran los derechos fundamentales a la igualdad, a la salud y a la vida digna de un extranjero no residente en Colombia cuando se le niega la inscripción en la lista de espera para acceder al trasplante de componentes anatómicos, con fundamento en que: (i) existen nacionales colombianos y extranjeros residentes inscritos en esa misma lista a la espera de órganos o tejidos; y que (ii) ese grupo está sometido a ciertos deberes que incluyen la contribución al sistema de seguridad social del país, por oposición a los no residentes. Es decir, que es válido hacer diferenciaciones entre nacionales y residentes y extranjeros no residentes en el acceso a servicios de salud de esa naturaleza.

Las anteriores decisiones y marco normativo muestran dos posiciones constitucionales válidas que armonizan la garantía del derecho a la salud de los nacionales y residentes con lo dispuesto en el artículo 100 de la Constitución y el interés legítimo de prevenir el turismo de órganos y componentes anatómicos por sus graves implicaciones para principios como la dignidad humana. Así pues, se trata, de una parte, de la sujeción de la donación de componentes anatómicos a extranjeros cuando se haya verificado que no existan receptores en lista de espera nacional o regional y, de otra, la prohibición general de la donación a extranjeros no residentes con algunas excepciones. Las dos posiciones resultan

válidas constitucionalmente y se encuentran en el ámbito del margen de configuración del Legislador.

El juicio de igualdad en la jurisprudencia constitucional[102]

34. La jurisprudencia de este Tribunal ha analizado extensamente la forma en que debe realizarse el análisis de constitucionalidad de una norma en virtud del principio de igualdad. En ese camino, la Corte ha identificado varios métodos.

35. El primero, denominado test o juicio de proporcionalidad, que es frecuentemente utilizado por la Corte Europea de Derechos Humanos y algunos tribunales constitucionales, como los de España y Alemania, fue explicado de manera particular por esta Corte en la Sentencia C-022 de 1996[103]. En este tipo de test, el juez debe determinar si las normas acusadas de violar la cláusula general de igualdad: (i) persiguen un objetivo a través del establecimiento del trato desigual; (ii) ese objetivo es válido a la luz de la Constitución; y (iii) el trato desigual es razonable, es decir, el fin que persigue la medida discriminatoria que implementa la norma estudiada es o no proporcional. A su vez, la última etapa del test está conformada por tres elementos, así:

"El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes"(resaltado fuera del texto)"[104].

36. El segundo método, denominado test de igualdad, ha sido desarrollado principalmente por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos. Éste señala la existencia de distintos niveles de intensidad en los "escrutinios" que hace el juez, e identifica, principalmente, tres niveles: débil, intermedio y estricto. La mencionada diferenciación es importante, toda vez que brinda al juez el espectro para el análisis de constitucionalidad. Esta Corte, en Sentencia C-093 de 2001[105], incorporó la teoría de los niveles de intensidad[106] al test de igualdad[107].

37. Finalmente, la jurisprudencia constitucional colombiana ha integrado las dos posturas anteriores, debido a que las considera teóricamente compatibles y complementarias, en lo que ha denominado el juicio integrado de igualdad. En este juicio, básicamente, el juez constitucional, al evaluar una norma acusada de vulnerar el artículo 13 superior, combina el test de proporcionalidad de la primera versión del juicio, con los niveles de escrutinio de la segunda fase[108].

Este test integrado de igualdad ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional como la metodología idónea para decidir demandas o casos que plantean violación del principio de igualdad. En efecto, Sentencias como las C-673 de 2001[109], C-624 de 2008[110], C-313 de 2013[111], C-601 de 2015[112], C-220 de 2017[113], C-389 de 2017[114] y C-535 de 2017[115], entre otras, lo han utilizado.

38. Debido a lo anterior, esta Corte debe identificar si se debe usar un juicio leve, estricto o intermedio. El escrutinio débil o suave (test leve), se usa como regla general[116], debido a que existe prima facie una presunción de constitucionalidad más fuerte de las normas expedidas por el Legislador. El test está dirigido a verificar que la actividad legislativa se ejerza dentro del marco de razonabilidad y que, por ende, no se adopten decisiones arbitrarias y/o caprichosas[117]. Así, para que una norma sea declarada constitucional, basta con que el trato diferente que se examina sea una medida "potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico"[118].

Por lo tanto, en términos de la Sentencia C-673 de 2001, en este tipo de test la Corte se limita, "por una parte, a determinar si el fin buscado y el medio empleado no están constitucionalmente prohibidos y, por otra, a establecer si el medio escogido es adecuado, esto es, idóneo para alcanzar el fin propuesto". En otras palabras, es necesario constatar que el trato diferente: (i) atiende a un fin u objetivo legítimo; (ii) no es una distinción constitucionalmente prohibida; y (iii) la medida es adecuada para la consecución de la finalidad identificada.

39. Por otra parte, el escrutinio estricto (test estricto) se aplica excepcionalmente cuando una diferenciación se fundamenta en lo que la doctrina constitucional ha denominado "criterios sospechosos", que no son otra cosa que causas de discriminación

prohibidas explícitamente por la Constitución o que: “i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia, a riesgo de perder su identidad; ii) son características que han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales”[119].

Este test evalúa: (i) si el fin perseguido por la norma es legítimo, importante e imperioso; (ii) si el medio escogido es adecuado y necesario, esto es, si no puede ser reemplazado por otros menos lesivos para los derechos de los sujetos pasivos de la norma; y, por último, (iii) si los beneficios de adoptar la medida exceden o no las restricciones impuestas sobre otros valores o principios constitucionales; es decir, si la medida es proporcional.

40. Por último, el juicio intermedio (test intermedio) es una categoría que se sitúa entre los dos niveles de intensidad anteriormente descritos. Se aplica en los casos en que existen normas basadas en criterios sospechosos, pero con el fin de favorecer a grupos históricamente desfavorecidos. Se trata de casos donde se aplica lo que la doctrina ha denominado acciones afirmativas[120], tales como las medidas que utilizan un criterio de género o raza para promover el acceso de la mujer a la política o de las minorías étnicas a la educación superior[121].

El juicio de igualdad débil valora como constitucionales las desigualdades que sean potencialmente adecuadas para alcanzar una finalidad admisible o permitida, es decir, que se puede buscar por no estar prohibida por la Constitución.

El escrutinio de igualdad intermedio, por su parte, autoriza desigualdades que sean efectivamente conducentes para la consecución de un fin importante, es decir, un fin deseable, que hay buenas razones para perseguirlo y que, por tanto, debería buscarse. Análogamente, la medida que impone una desigualdad no puede ser evidentemente desproporcionada.

Finalmente, el escrutinio de igualdad estricto solo admite desigualdades que sean efectivamente conducentes y necesarias para obtener un objetivo que pueda clasificarse como imperioso. Es decir, que la disposición que contiene un trato desigual debe ser estrictamente indispensable en la medida en que no haya otra forma de lograr un fin que

tiene que lograrse porque, de lo contrario, se violan contenidos constitucionales. Asimismo, la medida no puede ser desproporcionada en sentido estricto.

Pasa ahora la Sala a resolver el problema jurídico planteado.

El requisito de probar la convivencia de dos años para las parejas de colombianos que sean extranjeras y no residan en Colombia como requisito para acceder a la donación de órganos o tejidos anatómicos no viola los derechos a la salud, a la igualdad y a la no discriminación

42. De conformidad con la demanda, la Corte debe decidir si la determinación de un trato diferente entre, de una parte, nacionales y extranjeros residentes y, de otra, las parejas extranjeras no residentes de colombianos que impone a estos últimos el deber de probar la convivencia de dos años después del matrimonio o la declaratoria de la sociedad de hecho para acceder a la donación de componentes anatómicos es discriminatoria y viola los derechos a la igualdad y a la salud de estas personas.

Cabe señalar, como se ha dicho, que el contenido normativo acusado se trata de una excepción a una prohibición total de donación de órganos a extranjeros no residentes. Ahora bien, la prohibición total se reputa del acceso a las listas de espera de donantes desconocidos, lo cual no es objeto de reproche en esta demanda. Así pues, la excepción analizada se encuentra en la modalidad de donación entre vivos determinada para una persona particular.

Antes de realizar el examen de validez propuesto es preciso abordar el alcance del parágrafo en relación con el reconocimiento de la “sociedad de hecho”, como el momento a partir del cual se debe contar la convivencia en uno de los supuestos que condicionan la excepción. Como lo planteó uno de los intervinientes, la figura de la sociedad de hecho es una institución propia del derecho comercial. Así, el artículo 498 del Código de Comercio establece que las sociedades comerciales serán “de hecho cuando no se constituya[n] por escritura pública. Su existencia podrá demostrarse por cualquiera de los medios probatorios reconocidos en la ley”. En tal sentido, esta figura se refiere a las sociedades de tipo comercial, que no configuran personas jurídicas y que, por tanto, “derechos que se adquieran y las obligaciones que se contraigan para la empresa social, se entenderán adquiridos o contraídas a favor o a cargo de todos los socios de hecho”[123].

Ahora bien, en la regulación del matrimonio la sociedad conyugal se presume a partir de la celebración de ese contrato[124]. De otra parte, en la unión marital de hecho, que se constituye desde el momento en que una pareja hace comunidad de vida permanente y singular[125], la sociedad patrimonial se presume y es posible declararla judicialmente dos años después de su constitución[126], es decir se reconoce después de dos años de convivencia.

De conformidad con lo anterior, la figura referida en la norma, la sociedad de hecho, responde al derecho comercial, como una empresa social con objetivos en ese ámbito del derecho. Sin embargo, lo que regula la norma es las relaciones civiles, es decir, contempla una excepción que justamente se activa en razón a la unión de dos personas con la intención de generar lazos de pareja como familia. De hecho, la prohibición general justamente lo que quiere evitar es que la motivación de la unión de dos personas y su convivencia responda a fines comerciales.

Por ello, aun cuando la norma habla de sociedad de hecho, la Corte entiende, de acuerdo con los términos que regulan la unión marital de hecho, que el Legislador se refiere a sociedad patrimonial y, en consecuencia, en adelante la Corte preferirá utilizar este concepto que responde de mejor manera a la técnica jurídica. En tanto lo anterior se refiere a la definición del sentido de la norma controlada y no al entendimiento constitucional de la misma, no es necesario condicionarla en este aspecto.

43. Lo primero que la Sala debe establecer es la intensidad del juicio integrado de igualdad para valorar la medida que establece una diferencia de trato entre los dos grupos. Como se advirtió, el juicio estricto procede en los casos que involucren criterios sospechosos. Estos criterios son categorías que:

“(i) Se fundamentan en rasgos permanentes y connaturales de las personas, de los cuales no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad o libre desarrollo. (ii) Históricamente han sido sometidos, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlos y/o segregarlos. (iii) No constituyen, per se, razonamientos con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales. (iv) Cuando se acude a ellas para establecer diferencias en el trato, salvo la existencia de una justificación objetiva y razonable, se presume que se ha

incurrido en una conducta injusta y arbitraria que viola el derecho a la igualdad”[127].

En esta oportunidad, tres criterios concurrentes motivan la diferencia en el trato y en los requisitos para acceder a la donación de órganos o tejidos anatómicos: (i) la calidad de extranjero; (ii) no residente; y (iii) que el receptor sea cónyuge o compañero permanente, pariente en cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Es decir, la nacionalidad en conjunto con el hecho de no residir en el país y sostener vínculos de consanguinidad, afinidad, matrimonio o la calidad de compañeros permanentes, estos últimos sujetos a una condición adicional. El artículo 13 de la Constitución establece la prohibición expresa de realizar diferenciaciones discriminatorias con fundamento en el origen nacional. En consecuencia, al verificar que una de las categorías que fundamentan la diferenciación de la medida corresponde a un criterio sospechoso, procede el juicio estricto de igualdad.

Ahora bien, en este juicio también se debe tener en cuenta que la jurisprudencia ha determinado que el derecho a la igualdad no tiene el mismo alcance para los extranjeros y los nacionales o residentes, por ello, “cuando el legislador establezca un trato diferente entre el extranjero y el nacional, será preciso examinar i) si el objeto regulado permite realizar tales distinciones[128]; ii) la clase de derecho que se encuentre comprometido[129]; iii) el carácter objetivo y razonable de la medida[130]; iv) la no afectación de derechos fundamentales; v) la no violación de normas internacionales[131] y vi) las particularidades del caso concreto[132]”[133].

El criterio de comparación

En este caso, los sujetos a comparar son: (i) nacionales y extranjeros residentes y (ii) las parejas extranjeras no residentes de colombianos. Si bien se trata de sujetos diferentes, en tanto unos son residentes y los otros no lo son, los dos son susceptibles de ser comparados, en tanto se trata de personas que requieren un trasplante de órgano o de componentes anatómicos y se encuentran en territorio colombiano. En tal sentido, a partir de la necesidad del trasplante y de que realizan el requerimiento en el territorio colombiano es posible afirmar que, por encontrarse en la misma situación, se pueden comparar.

Existencia de un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales y su justificación

En efecto, en este caso nos encontramos ante un trato desigual entre dos sujetos que tienen la misma necesidad: la donación de un órgano o de componentes anatómicos. Para la Sala, la razonabilidad y justificación de esta diferencia en el trato debe determinarse en atención a los límites fijados en la jurisprudencia en relación con el tipo de servicios de salud que se deben prestar a los extranjeros que están en el país y con fundamento en la necesidad de evitar el turismo de órganos, entre otras variables, lo cual se verifica mediante el juicio propuesto que se pasa a estudiar. Veamos.

La finalidad es imperiosa

44. La Ley 1805 de 2016 surgió como una iniciativa que busca principalmente superar el problema recurrente en Colombia, así como en la mayoría de países, de que la demanda de trasplantes es mucho mayor que la oferta de donación de órganos. Por ello, el Congreso decidió ampliar la presunción de donación de estos componentes anatómicos con fines terapéuticos y así "salvar vidas [y] mejorar considerablemente la calidad de vida de millones de personas (…)"[134].

Como se advirtió, el artículo 10º de esta normativa prohíbe la donación de órganos a extranjeros no residentes, no obstante, permite dos excepciones. De una parte, y sujeto a la autorización del Ministerio de Salud y Protección Social, se admite la donación de tejidos a extranjeros no residentes cuando se compruebe que se ha suplido la demanda interna y, de otra, se permite la donación de órganos y tejidos a los extranjeros no residentes cuando el receptor sea cónyuge o compañero permanente, pariente en cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil del donante. En el supuesto del matrimonio o de la unión marital de hecho se añade que debe haber existido una convivencia de dos años después del matrimonio y, en el segundo caso, a partir del reconocimiento de la sociedad patrimonial. La última es la medida enjuiciada como una diferenciación en el acceso a estos bienes que resulta, desde la perspectiva de la demanda, desproporcionada y discriminatoria. En tal sentido, la diferenciación enjuiciada prevé una excepción a una prohibición general, a saber, la prohibición de donación de órganos a extranjeros no residentes. Luego, lo que se debe analizar es si el requisito que impone la excepción es desproporcionado respecto del trato de nacionales y extranjeros residentes.

45. Desde el inicio del trámite legislativo se previó la prohibición de la donación de

componentes anatómicos a extranjeros. Sin embargo, el régimen de excepciones de este artículo sufrió varios cambios en ese camino. En un principio, se permitía la donación a estas personas únicamente en casos de "pacientes con urgencia cero para trasplante según estrictos criterios definidos por el Instituto Nacional de Salud y previa aprobación del Instituto Nacional de Salud"[135]. En la ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes se mantuvo esa excepción[136]. Sin embargo, el texto definitivo de la Cámara de Representantes introdujo una diferente, a saber: "salvo que de manera expresa el donante lo manifieste y el receptor sea compatible"[137], texto que se mantuvo hasta la ponencia para el segundo debate en el Senado cuando se introdujo el cambio que recoge el texto definitivo.

De otra parte, la donación de tejidos a extranjeros no residentes bajo criterio de urgencia de los entes técnicos pertinentes se mantuvo hasta la primera ponencia en la Comisión del Senado, momento en el cual se sujetó la posibilidad a "cuando sea cónyuge o compañero permanente, pariente en cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil del donante". No obstante, tal redacción también se modificó en la ponencia para segundo debate en Senado y se mantuvo hasta después de la conciliación, como se contempla en el artículo 10º vigente.

46. Las diferentes discusiones que motivaron tales cambios y la mencionada restricción se fundamentan en la preocupación del Legislativo de crear herramientas para combatir el tráfico y el turismo de órganos. En tal sentido, la Senadora Paloma Valencia, quién para ese momento fue designada como ponente de la iniciativa, explicó que el fundamento de la redacción actual del artículo [y cuyo texto es el acogido por la ley] era "la posición concertada [de] que no vamos a permitir la donación de órganos a extranjeros, porque creemos que las instituciones colombianas estarían en serias dificultades cuando vinieran personas multimillonarias del exterior a invertir poderosos recursos y tratar de canalizar los órganos a extranjeros. De manera que hemos limitado la donación de órganos a los nacionales"[138].

Así mismo, de la discusión en el primer debate en comisión del Senado se desprende que la preocupación de permitir la donación a extranjeros no residentes, inclusive con prelación a los colombianos o extranjeros residentes como en el régimen anterior, responde a la proliferación e incentivo de los "carteles" de órganos, y que con la posibilidad de donar a

extranjeros no residentes se abriría la puerta para la intrusión de grandes capitales de dinero para modificar las listas de espera. Así mismo, que, como consecuencia de lo precedente, se imposibilitaría el acceso para las personas de bajos recursos económicos en lista de espera de órganos[139].

47. Así pues, del trámite legislativo se desprende que la preocupación del Legislador se basa en tres criterios: (i) la prelación en el acceso a estos bienes escasos a colombianos; (ii) la garantía del acceso igualitario mediante el sistema de lista de espera y compatibilidad; y (iii) la prevención del tráfico de órganos[140]. Si bien no existen datos oficiales acerca de este mercado, se ha documentado que la falta de donantes y el sistema de listas de espera han generado el tráfico ilegal de órganos de dos tipos[141]. La jurisprudencia reseñada en los fundamentos jurídicos 28 a 33 de esta providencia evidencia que los criterios primero y segundo responden a fines constitucionalmente legítimos e imperiosos, en tanto que se ha juzgado que tales presupuestos buscan salvaguardar los derechos a la salud y a la igualdad de los nacionales y residentes, lo cual se ha juzgado válido al analizarse en sentencias de tutela.

Adicionalmente, como se advirtió en los fundamentos jurídicos 11 a 20, al Legislador le es posible trazar diferencias entre no residentes y nacionales en materia de provisión de servicios de salud. Por ello, la Corte Constitucional ha considerado que no viola el derecho a la salud la restricción de atención general para no residentes con cargo al Sistema General de Salud. No obstante, sí se debe prestar la atención de urgencias. En consecuencia, es válido establecer restricciones en la provisión de servicios de salud, siempre que no se comprometan los derechos a la salud y a la vida de esas personas. Lo anterior, porque se trata de un objeto de regulación que permite distinciones entre nacionales y residentes y no residentes sin que ello viole el derecho a la igualdad. De otra parte, las reglas sobre donación de órganos vigentes han determinado que la prelación de residentes y nacionales en el acceso a la donación de órganos, así como la diferencia en el acceso entre esos grupos a servicios de salud es admisible.

48. El tercer criterio se refiere a la prevención de dos tipos de situaciones. La primera, la comercialización de órganos por parte de personas de escasos recursos que deciden venderlos por dinero, especialmente los riñones[142]. La segunda está ligada al tráfico de personas del cual resulta la extracción sin consentimiento de componentes orgánicos para

venderlos en el mercado negro[143]. En consecuencia, detrás de estas conductas puede presentarse la fuerza, la coerción o el fraude, las cuales no solo configuran delitos[144], sino que además violan los derechos a la dignidad humana, a la igualdad, a la integridad personal, a la salud y a la vida. Por ello, la prevención de estos eventos resulta de primera importancia de acuerdo con la Constitución.

49. Para la Corte es claro que la prevención del tráfico de órganos y, con ello, la trata de personas es una finalidad constitucionalmente imperiosa esencial a la Carta superior que busca proteger la dignidad humana, así como los derechos a la igualdad, a la integridad personal, a la salud y a la vida de las personas. Ahora bien, la garantía de tales derechos se materializa mediante el diseño de herramientas de prevención, educación, concientización y castigo de la comercialización de estos bienes, así como mediante el aseguramiento de la autonomía de la voluntad en la donación de órganos. El ejercicio de tal derecho puede garantizarse mediante la presunción de donación en eventos de muerte cuando no se ha manifestado la oposición en vida o mediante el consentimiento informado en vida. La existencia de ese tipo de herramientas afianza la dignidad humana y propende por el valor de la solidaridad entre las personas. De esta forma, bajo ninguna circunstancia es posible permitir que se comercialice con componentes anatómicos, por la importancia de los bienes jurídicos que protege la prohibición.

En consonancia, la Declaración de Estambul de 2008 sobre el tráfico de órganos[145] señala que "el tráfico de órganos y el turismo de trasplantes violan los principios de igualdad, justicia y respeto de la dignidad humana y deberían prohibirse. Puesto que los donantes con menos recursos económicos o más vulnerables son el blanco de la comercialización de trasplantes, se produce inexorablemente una injusticia y debería prohibirse"[146].

En tal sentido, la excepción que se revisa busca permitir que, con ocasión de los lazos que generan el matrimonio y la conformación de la unión de hecho, se concreten los deberes de solidaridad de la donación de órganos, en un contexto en el que podría darse la comercialización de componentes anatómicos con extranjeros no residentes y en el cual las personas podrían casarse o declarar una unión marital de hecho para que proceda la donación. La Corte ha juzgado la validez de los requisitos que imponen condiciones temporales para acceder al goce de ciertos derechos como legítimos, cuando estos pueden

prevenir que se generen beneficios ilegítimos.

Por ejemplo, la Sentencia C-1094 de 2003[147] determinó que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que impone la convivencia de cinco años con anterioridad a la muerte como requisito para acceder a la pensión de sobreviniente no vulneraba el derecho a la igualdad[148]. La decisión señaló al respecto que con ese tipo de disposiciones "se pretende es evitar las convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes", lo cual juzgó constitucionalmente válido. Igualmente, dijo que el "hecho de establecer algunos requisitos de carácter cronológico o temporal para que el cónyuge o compañera o compañero permanente supérstite sea beneficiario de la pensión, no significa que el legislador haya desconocido o modificado la legislación civil sobre derechos y deberes de los cónyuges emitida en desarrollo del artículo 42 de la Constitución, pues la seguridad social representa un área autónoma frente al ordenamiento civil (CP, arts. 42 y 48)", por lo cual no se quebrantaban los deberes de solidaridad.

Ahora bien, en este aspecto cabe resaltar que la medida que se analiza no es la prohibición total de donación de órganos a no residentes, sino la proporcionalidad del requisito impuesto para los sujetos tantas veces mencionados, por oposición a los nacionales y extranjeros residentes.

La medida es efectivamente conducente

50. La Sala también considera que la medida es adecuada al fin, toda vez que la condición de convivencia es una excepción a la diferencia de trato entre extranjeros residentes y nacionales y extranjeros no residentes que busca evitar que Colombia se vuelva un destino de trasplante de órganos en el cual pueda mediar un intercambio comercial de los mismos. Así pues, la determinación de un tiempo de convivencia de dos años como requisito para admitir la donación de componentes anatómicos entre parejas, en los supuestos del artículo 10º acusado, asegura que la motivación de la donación no esté ligada a la posible comercialización de órganos, sino a hacer efectiva la solidaridad entre estas personas.

Así lo reconoce la Organización Mundial de la Salud (OMS), la cual, en su Principio Rector 3 sobre trasplantes de células, tejidos y órganos humanos, señala que "en general, los donantes vivos deberán estar relacionados genética, legal o emocionalmente con los

receptores”[149]. De esta forma, la medida reconoce la posibilidad de que exista la necesidad de una donación entre personas emocional y legalmente involucradas mediante una excepción a la prohibición general. Por ello, la medida logra asegurar que la relación entre los posibles donantes responda a lazos consensuados de solidaridad al compartir una vida en pareja y no se trate de una relación comercial.

51. Al igual que los pasos anteriores, para la Sala la medida es necesaria, toda vez que no existe otra menos gravosa para asegurar que el trasplante entre personas con vínculos de afinidad responda a motivos de solidaridad en contextos de vínculos emocionales, por oposición a transacciones comerciales o en contra de la voluntad de las personas.

Aun cuando parecería que una opción menos gravosa podría ser, por ejemplo, exigir un periodo de convivencia menor o no exigir ningún periodo de convivencia, ninguna de esas alternativas lograría asegurar que la donación con un extranjero no residente no responda a una transacción comercial. Es más, ni siquiera esta puede garantizar plenamente que sea así. Sin embargo, impone un tiempo que parece razonable para verificar el objetivo planteado, que en últimas busca proteger valores y derechos como la dignidad humana, la igualdad y la integridad de las personas, entre otros. En efecto, el periodo requerido es equivalente al exigido para declarar los efectos patrimoniales de la unión marital de hecho, el cual es el estándar para entender que la relación entre dos personas es equivalente a la generación del vínculo matrimonial.

En efecto, en este caso, la limitación temporal a la donación para estos sujetos es inclusive menor a la que se pide para ser beneficiario de la pensión de sobreviviente, que corresponde a cinco años y fue declarada exequible mediante Sentencia C-1094 de 2003, como se refirió arriba. Ese parámetro resulta relevante, en tanto la decisión juzgó que la medida con el objetivo de disuadir uniones con el fin de adquirir la pensión de sobreviviente resultaba legítima. Por ello, el término de dos años resulta adecuado, en tanto es equivalente al término establecido para la declaratoria de la sociedad patrimonial en el contexto de los compañeros permanentes y es menor al término que se exige para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente.

La medida es proporcional en sentido estricto

52. Finalmente, la Sala debe analizar si la imposición de un requisito de convivencia

para los extranjeros no residentes con parejas colombianas y una convivencia probada de dos años a partir del matrimonio o del reconocimiento de la sociedad patrimonial es razonable y proporcionada, en relación con la ausencia del mismo requisito para colombianos y extranjeros residentes. Es decir, se busca establecer si el trato desigual entre los dos grupos en el contexto de una excepción tiene una justificación y no genera una limitación exagerada de los derechos de estas personas.

En este caso se tiene que el tercio de comparación se da entre dos grupos de personas que requieren trasplantes de órganos o componentes anatómicos. Desde esa perspectiva, los dos grupos son comparables, pues están en el mismo extremo de una situación: son posibles receptores de órganos como consecuencia de una enfermedad o de un accidente. La diferencia en el trato responde a que unos residen en Colombia mientras que los otros no, pero tienen una pareja colombiana en los términos muchas veces expuestos. Como se advirtió, el criterio con el que se distingue a los grupos es complejo, pues se trata de extranjeros que no residan en Colombia y tengan una pareja colombiana. Aquí cabe añadir que las distinciones entre extranjeros no residentes y colombianos o extranjeros residentes, especialmente en la provisión de servicios de salud que escapan el concepto de urgencia, son constitucionalmente válidos.

En efecto, la distinción entre los dos grupos genera una limitación de la pareja colombiana en el ejercicio de su autonomía, su deber de solidaridad con su pareja y respecto del derecho a la salud del extranjero no residente. Para la Sala, tales restricciones resultan razonables. En primer lugar, la medida está diseñada para restringir de forma temporal el acceso, es decir, una vez cumplido el requisito de convivencia de los dos años, es posible acceder a los órganos en las mismas condiciones que los extranjeros residentes y los nacionales. En tal sentido, el requisito es temporal y, una vez cumplido el tiempo previsto, la restricción a los derechos fundamentales esbozada cesa.

En segundo lugar, se trata de una medida que tiene un componente de prohibición, ya que, dentro de la excepción general, permite la posibilidad de recibir órganos, pero proscribe que la motivación no esté mediada por vínculos emocionales, para así evitar la comercialización de componentes anatómicos mediante la fachada de matrimonios o de uniones maritales de hecho, lo cual conduce a la necesidad de condicionar el entendimiento de la norma, de forma tal que solo sea posible donar órganos o tejidos a un extranjero no residente en los

casos en que la necesidad del trasplante surja después de que se perfecciona el vínculo matrimonial o la unión marital de hecho. De esta manera se logra armonizar, de un lado, el derecho a decidir autónomamente a quién se dona un órgano o tejido y los derechos a la vida y a la salud de un ser querido y, de otro lado, la necesidad de evitar donaciones ilegales disfrazadas por vínculos matrimoniales o por uniones maritales de hecho ficticios. Si bien se podría argumentar que este condicionamiento podría poner en riesgo los derechos a la vida y a la salud de los extranjeros no residentes cuya necesidad del trasplante es anterior al perfeccionamiento del matrimonio o de la unión marital de hecho, la Sala considera que este no es el caso, puesto que estas personas tienen garantizados sus derechos en sus respectivos países.

En caso de no condicionarse la norma en este sentido, las personas con necesidad de trasplantes podrían decidir casarse o iniciar uniones maritales de hecho con el único fin de acceder a órganos o tejidos después de dos años de convivencia, lo cual traiciona el objetivo de la medida que es evitar matrimonios y uniones maritales fraudulentos para abusar del derecho a acceder a componentes anatómicos. En otras palabras, la disposición demandada y la desigualdad que ella genera solo son proporcionales si efectivamente aseguran que la motivación de la donación de órganos esté mediada por vínculos emocionales, pues, si no lo está y esto es lo que el condicionamiento busca impedir, la norma es inconstitucional por propiciar el tráfico de órganos y la trata de personas.

Cabe recordar que en este caso las decisiones acerca de la donación de órganos entre vivos con vínculos legales y emocionales no sólo son expresión del ejercicio de la autonomía, sino que involucran la protección de la dignidad humana, mediante la prevención de la comercialización y las actividades ilegales con órganos humanos.

Con todo, se podría argumentar que las prohibiciones estimulan los mercados ilegales. En este caso, aun cuando ese es un riesgo, sería más gravoso condicionar la donación exclusivamente al vínculo legal de la pareja, por ejemplo, al matrimonio, pues se discriminaría por razón de la forma de familia y también se podría prestar para la venta de órganos, lo cual es reprochable constitucionalmente, al atentar contra la dignidad.

Finalmente, es cierto que puede suceder que existan casos en los cuales el cónyuge o el compañero permanente requiere del órgano antes de que el tiempo de convivencia se

acredite, lo cual puede generar un impacto en el derecho a la salud de esa persona que lo requiere. No obstante, en esos casos, en general, no procede la donación, por los motivos ampliamente expuestos, lo cual, por tratarse de una restricción temporal y no definitiva, resulta razonable.

53. En suma, la exigencia de una convivencia de dos años entre matrimonios o parejas de colombianos y extranjeros no residentes para que estos últimos puedan recibir la donación de órganos y tejidos no resulta desproporcionada ni discriminatoria respecto del trato que reciben los nacionales y extranjeros residentes en el acceso a la donación de órganos, siempre y cuando se entienda que solo es posible donar un órgano o tejido a un extranjero no residente en los casos en que la necesidad del trasplante surja después de que se perfecciona el vínculo matrimonial o la unión marital de hecho. Lo anterior, en tanto se trata de una excepción razonable a la prohibición de donación de componentes anatómicos a extranjeros no residentes, que persigue una finalidad constitucionalmente imperiosa, consigue el fin propuesto, es necesaria y no restringe de forma irrazonable los derechos en tensión.

En conclusión, la norma acusada se declarará exequible condicionadamente en el entendido de que es posible donar un órgano o tejido a un extranjero no residente en los casos en que la necesidad del trasplante surja después de que se perfecciona el vínculo matrimonial o la unión marital de hecho.

VII. 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

Declarar EXEQUIBLE el parágrafo del artículo 10° de la Ley 1805 de 2016 EN EL ENTENDIDO de que es posible donar un órgano o tejido a un extranjero no residente en los casos en que la necesidad del trasplante surja después de que se perfecciona el vínculo matrimonial o la unión marital de hecho.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Presidenta

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

Con salvamento de voto

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Ausente en comisión

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

CARLOS BERNAL PULIDO

A LA SENTENCIA C-372/19

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Incumplimiento de carga argumentativa mínima (Salvamento de voto)

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Ausencia de requisitos de especificidad y certeza (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente D-12671

Magistrada Ponente:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Plena de la Corte Constitucional, suscribo este salvamento de voto en relación con la providencia de la referencia, por las razones que presento a continuación.

Considero que la Sala Plena debió declararse inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo, pues la demanda no cumplió con la carga argumentativa exigida por la jurisprudencia constitucional para formular un cargo por la vulneración del principio de la igualdad. En efecto, ninguno de los argumentos que expuso el demandante determinó (i) cuáles son los grupos objeto de comparación, (ii) por qué son comparables, (iii) en qué consiste el trato diferenciado y (iv) por qué la diferencia de trato carece de justificación constitucional.

La mayoría de la Sala concluyó que, de la demanda, era posible extraer una comparación

entre los nacionales colombianos y los extranjeros residentes en Colombia, por una parte, y los extranjeros no residentes en Colombia casados o con sociedad patrimonial con una pareja colombiana, por la otra. Sin embargo, la determinación de esos grupos no era clara ni, mucho menos, evidente en la demanda; en esa medida, tampoco lo era la razón por la cual tales grupos podrían compararse. De hecho, la argumentación del demandante apuntaba a una comparación entre extranjeros y nacionales colombianos, en términos generales, por cuanto, en su criterio, gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades.

Ahora bien, aun si en gracia de discusión se admitiera que de la demanda era posible extraer los grupos objeto de comparación y la razón por la cual son comparables, lo cierto es que el demandante no determinó por qué el trato diferenciado carecía de justificación constitucional. Al respecto, solo planteó argumentos carentes de certeza y especificidad.

La falta de certeza era evidente, porque, a juicio del demandante, el parágrafo acusado "pone en duda" la naturaleza del matrimonio y la sociedad patrimonial y "genera un escrúpulo" o "duda hacia las intenciones" de los extranjeros. Sin embargo, tales efectos no devienen de manera objetiva de su contenido normativo; en cambio, obedecen a simples sospechas del demandante. De hecho, esta misma falta de certeza fue una de las razones por las cuales la Magistrada Ponente decidió inadmitir el cargo que el demandante había formulado por la supuesta vulneración del principio de buena fe.

Así mismo, era evidente la falta de especificidad, porque los argumentos del demandante fueron demasiado generales y no revelaron, de manera concreta, una oposición entre el principio de igualdad, el derecho a la salud y el hecho que el legislador haya exigido un tiempo de convivencia con la pareja colombiana para que los extranjeros no residentes en Colombia puedan acceder, de manera excepcional, a la donación de componentes anatómicos.

Al respecto, el demandante señaló que esa medida "constituye una obligación innecesaria y una demora" del procedimiento de trasplante, y agregó que "no es correcto" poner "obstáculos" para que los habitantes del territorio nacional, incluidos los extranjeros que están temporalmente en él, accedan a este tipo de servicio, pues el Estado debe garantizar la atención en salud de todos los habitantes. Con todo, no explicó, específicamente, por qué

el Estado estaría obligado a prestarle el servicio de trasplante a un extranjero que no reside en el país, so pena de vulnerar su derecho a la salud, y en qué medida exigirle un tiempo de convivencia con su pareja colombiana para acceder a la donación resulta desproporcionado e irrazonable desde el punto de vista constitucional.

Fecha ut supra,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

[1] Folios 4-5.

[2] Folio 6.

[3] Folio 6.

[4] Folio 6. "Al ser el artículo 10 de la presente ley una prohibición a los extranjeros en relación con la donación de órganos y en el entendido de que la presente ley ordena la prioridad con que se tratarían estos casos, estipulan (sic) además el deber de probar su unión con un término especifico, que pone en duda la naturaleza del acto jurídico como tal y también atenta contra la igualdad y la no discriminación, en razón a su origen, al poner como supuesto el simple hecho de ser una persona de otra nacionalidad, asemejando que por esa circunstancia se le ve en exceso limitada (sic), y genera un escrúpulo por parte de la administración y del Estado hacia personas de otras nacionalidades que se encuentren dentro del contexto en que se desarrolla el objeto de la presente ley".

[5] Folio 78, Claudia Liliana Perdomo Estrada.

[6] Folio 138, Santiago Arévalo Barrero.

[7] Folio 140.

[8] Folio 146, Johann del Pilar Bohórquez Ramírez.

[9] Folio 156.

[10] Folio 170, Martha Lucía Ospina Martínez.

[11] Folio 170.

[12] Folio 44. Jairo Rivera Sierra afirma haber sido delegado por el rector Juan Carlos Henao para conceptuar a nombre de la institución.

[13] Folio 45.

[14] Folio 47.

[15] Folio 47.

[16] Folio 47.

[17] Folio 52, Luis Augusto Cangrejo Cobos.

[18] Folio 58, Guadalupe Arbeláez Izquierdo.

[19] Jesús de León Insignares.

[20] Folio 64

[21] Folio 66, Jorge Kenneth Burbano Villamarin, Jenner Alonso Tobar Torres, Camila Alejandra Rozo Ladino y Juanita Cardona Pachón.

[22] Folio 77.

[23] Folio 69.

[24] Folio 75.

[25] Folio 76.

[26] Folio 88, Ana María Sánchez Quintero, Daniel Alejandro Orobio Hurtado, Julián Solórzano Sánchez y Angie Daniela Yepes García.

[27] Folio 90.

[28] Folio 92.

[29] Folio 173.

[30] Folio 174.

[31] Folio 175.

[32] Dice la norma citada: “Artículo 2º. Las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad se presentarán por escrito, en duplicado, y contendrán: 1. El señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas; 2. El señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas; 3. Los razones por las cuales dichos textos se estiman violados; 4. Cuando fuera el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado; y 5. La razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda”.

[33] Ver, entre otros, Auto 288 de 2001 y Sentencias C-1052 de 2001 y C-568 de 2004, todas las providencias con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, y C-980 de 2005 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

[34] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[35] Sobre el carácter relacional de la igualdad, se pueden consultar entre otras las sentencias: T-530 de 1997, M.P. Fabio Morón; C-1112 de 2000 y C-090 de 2001 ambas con ponencia de Carlos Gaviria.

[37] Sentencia C-1052 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[38] Folio 5.

[39] Folio 6.

[40] El tercer inciso del artículo 6° del Decreto 2067 de 1991 establece, en lo pertinente: “El magistrado sustanciador tampoco admitirá la demanda cuando considere que ésta no incluye las normas que deberían ser demandadas para que el fallo en sí mismo no sea

inocuo, y ordenará cumplir el trámite previsto en el inciso segundo de este artículo. La Corte se pronunciará de fondo sobre todas las normas demandadas y podrá señalar en la sentencia las que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras que declara inconstitucionales".

[41] Sentencia C-1017 de 2012 M.P. Luis Guillermo Pérez Guerrero; Sentencia C-500 de 2014 M.P. Mauricio González Cuervo; Sentencia C-516 de 2015 M.P. Alberto Rojas Ríos.

[42] Sobre este particular, véase: Sentencia C-410 de 2015 M.P. Alberto Rojas Ríos en la cual la Corte decidió integrar la unidad normativa, dado que existe otra norma que "posee el mismo contenido deóntico que las dos disposiciones demandadas". Igualmente, en la Sentencia C-595 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio la Corte estableció que no resulta imperiosa la integración de la unidad normativa, pese a que algunas de las expresiones normativas demandadas se encuentren reproducidas en otros preceptos, siempre que estas partan de un contenido normativo diferente y se refieran a hipótesis distintas de la norma acusada. Así, la mera similitud no hace imperiosa la integración, dado que la norma cuestionada constituye un enunciado completo e independiente cuyo contenido normativo puede determinarse por sí solo.

[43] Respecto de la existencia de una relación intrínseca, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que esta causal se refiere a casos en los cuales las normas tienen un sentido regulador y autónomo, pero resulta imposible estudiar la constitucionalidad de una norma sin analizar las otras disposiciones, pues, de lo contrario, se produciría un fallo inocuo. Sentencia C-286 de 2014 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Sentencia C-349 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; Sentencia C-538 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[44] Es indispensable resaltar que, "para que proceda la integración normativa por esta [ú]ltima causal, se requiere la verificación de dos requisitos distintos y concurrentes: (1) que la norma demandada tenga una estrecha relación con las disposiciones no cuestionadas que formarían la unidad normativa; (2) que las disposiciones no acusadas aparezcan, a primera vista, aparentemente inconstitucionales". Sentencias C-539 de 1999 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-041 de 2015 M.P. Mauricio González Cuervo. En esta providencia se reitera la regla jurisprudencial enunciada en la sentencia C-619 de 2015 M.P. Gloria Stella

Ortiz Delgado: "(i) Cuando un ciudadano demanda una disposición que, individualmente, no tiene un contenido deóntico claro o unívoco, de manera que, para entenderla y aplicarla, resulta absolutamente imprescindible integrar su contenido normativo con el de otra disposición que no fue acusada; (ii) en aquellos casos en los cuales la disposición cuestionada se encuentra reproducida en otras normas del ordenamiento que no fueron demandadas, con el propósito de evitar que un fallo de inexequibilidad resulte inocuo; (iii) cuando la norma demandada se encuentra intrínsecamente relacionada con otra disposición que, a primera vista, presenta serias dudas de constitucionalidad". Al respecto, véase también: Sentencia C-410 de 2015 M.P. Alberto Rojas Ríos. Sentencia C-881 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[45] Sentencia C-055 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[46] Sentencia C-055 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez: "que lo acusado presente un contenido comprensible como regla de derecho, susceptible de ser cotejado con los postulados y mandatos constitucionales" y "que los apartes normativos que no son objeto de pronunciamiento de la Corte, mantengan la capacidad para producir efectos jurídicos y conserven un sentido útil para la interpretación y aplicación normativa". Esta Corporación, además, ha resaltado que existe una relación inescindible de conexidad entre la norma demandada y otros apartes no demandados, cuando, "en caso de que la Corte decidiera declarar inexequibles los apartes acusados, perdería todo sentido la permanencia en el orden jurídico," de las expresiones no demandadas. Véase también: Sentencia C-109 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia C-055 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez. En la Sentencia C-547 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra la Corte explica que "las expresiones aisladas carentes de sentido propio que no producen efectos jurídicos solas o en conexidad con la disposición completa de la cual hacen parte, no son constitucionales ni inconstitucionales". Véase también: Sentencia C-233 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño; Sentencia C-064 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández; Sentencia C-055 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[47] Folio 77.

[48] Folio 90.

[49] Las consideraciones de este acápite se toman principalmente de las Sentencias

SU-677 de 2017 y T-210 de 2018 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[50] M.P. Fabio Morón Díaz.

[51] Ver, por ejemplo, Sentencia T-210 de 2018 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado que indica: "16. Adicional a lo anterior, como se estableció en la Sentencia SU-677 de 2017, el reconocimiento de derechos genera al mismo tiempo una exigencia a los extranjeros de cumplir la Constitución Política y la ley, tal como lo establece el artículo 4º constitucional al disponer 'es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades'.

Es decir, la vinculación al SGSSS de los extranjeros está sujeta, en principio, a que los mismos cumplan con los requisitos legales contemplados en las normas que regulan el trámite de afiliación al SGSSS, de la misma manera en que le corresponde hacerlo a los nacionales".

[52] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[53] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[54] T-338 de 2015 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[55] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[56] En esta ocasión, se adujo que la norma realizaba una discriminación entre las personas en razón de su origen, excluyendo a los extranjeros del disfrute del derecho a la seguridad social. Al resolver sobre la constitucionalidad de la norma, la Corte estimó precisamente que la alusión a los 'colombianos' no era discriminatoria, ni atentaba contra el derecho a la seguridad social de los extranjeros, entre otras razones, porque el legislador tiene la facultad de "extender progresivamente el mencionado sistema de protección social hacia los extranjeros que se encuentren en Colombia fijando condiciones de acceso y permanencia en el mismo", debido al carácter programático de los derechos económicos, sociales y culturales.

[57] Sentencia T- 215 de 1996 M.P. Fabio Morón Diaz.

[58] Sentencia C- 385 de 2000 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[59] Sentencia C- 768 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[60] Sentencia C- 1259 de 2001 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[61] Sentencia C- 1259 de 2001 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[63] Sentencia C- 913 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[64] Sentencia C- 070 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[65] Sentencia T-1088 de 2012 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo citando Sentencia C-768 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. "De lo anterior se colige que no en todos los casos el derecho de igualdad opera de la misma manera y con similar arraigo para los nacionales y los extranjeros. Ello implica que cuando las autoridades debatan acerca del tratamiento que se debe brindar a los extranjeros en una situación particular, para el efecto de preservar el derecho de igualdad, habrán de determinar cuál es el ámbito en el que se establece la regulación, con el objeto de esclarecer si éste permite realizar diferenciaciones entre los extranjeros y los nacionales. Por lo tanto, la intensidad del examen de igualdad sobre casos en los que estén comprometidos los derechos de los extranjeros dependerá del tipo de derecho y de la situación concreta por analizar".

[66] Las consideraciones de este acápite se toman principalmente de las Sentencias SU-677 de 2017 y T-210 de 2018 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[67] Sentencia T-611 de 2014 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[68] Las reglas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud se encuentran establecidas en el Decreto 780 de 2016.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 2.1.3.2 y 2.1.3.4 de dicha normativa, la afiliación se realiza por una sola vez y con ella se adquieren todos los derechos y obligaciones derivados del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Asimismo, se establece que la afiliación al sistema es obligatoria para todos los residentes en el país.

[69] Sentencia SU-677 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. "45. La Corte

Constitucional se ha pronunciado sobre la introducción del artículo 32 de la Ley 1438 de 2011 en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. En particular, en la sentencia T-611 de 2014 , al analizar un caso de una joven que padecía de hipertensión pulmonar severa, a la que la Secretaría de Salud del Distrito de Bogotá se negó a afiliar al régimen subsidiado de salud y a exonerarla de copagos por cada servicio que requería para atender su padecimiento, la Sala de Revisión concluyó que esa entidad vulneró el derecho a la salud de la accionante, al incumplir lo establecido en el artículo 32 de la Ley 1438 de 2011. Lo anterior debido a que omitió realizar las gestiones correspondientes para afiliar a la actora al régimen subsidiado de salud, teniendo en cuenta que ya había sido calificada por el SISBÉN.

En esa oportunidad, este Tribunal indicó que la implementación del artículo 32 de la Ley 1438 de 2011 en el ordenamiento jurídico tiene dos consecuencias: (i) la desaparición de la figura de los participantes vinculados consagrada en el artículo 157 de la Ley 100 de 1993, y (ii) el aumento de la responsabilidad de las entidades territoriales de garantizar un verdadero acceso al servicio de salud de las personas que no se encuentran aseguradas.

La anterior regla jurisprudencial fue reiterada por esta Corporación en la sentencia T-614 de 2014, al analizar el caso de un menor de edad al que la Secretaría de Salud del Distrito de Bogotá y el Fondo Financiero del Distrito de Bogotá le negaron la afiliación al sistema, debido a que no se había realizado la encuesta para clasificarlo en el Sisbén. En esa ocasión, la Corte reiteró:

‘La introducción del artículo 32 implicó no solo la desaparición de la figura de ‘participantes vinculados’ del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, sino que además, generó una mayor carga en las entidades territoriales, ya que es en estas últimas, en quienes recae el deber de asumir de manera activa la obligación de garantizar un verdadero acceso al servicio de salud a toda aquella población pobre no asegurada, que no tiene acceso al régimen contributivo, máxime cuando se ha establecido el carácter de fundamentalidad del derecho a la salud’.”

[70] Ver Sentencia T-728 de 2016 M.P. Alejandro Linares Cantillo, Sentencia C-834 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, recientemente reiterada en la Sentencia T-314 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[71] Sentencia C-834 de 2007, MP: Humberto Antonio Sierra Porto.

[72] Sentencia C-834 de 2007, MP: Humberto Antonio Sierra Porto.

[73] Ley 715 de 2001 "Artículo 10. (…) Derechos y deberes de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud. Las personas tienen los siguientes derechos relacionados con la prestación del servicio de salud:

(…)

b) Recibir la atención de urgencias que sea requerida con la oportunidad que su condición amerite sin que sea exigible documento o cancelación de pago previo alguno;

Artículo 14. Prohibición de la negación de prestación de servicios. Para acceder a servicios y tecnologías de salud no se requerirá ningún tipo de autorización administrativa entre el prestador de servicios y la entidad que cumpla la función de gestión de servicios de salud cuando se trate de atención de urgencia."

[74] Artículo 168 de la Ley 100 de 1993: "168.-Atención inicial de urgencias. La atención inicial de urgencias debe ser prestada en forma obligatoria por todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud, a todas las personas, independientemente de la capacidad de pago. Su prestación no requiere contrato ni orden previa. El costo de estos servicios será pagado por el fondo de solidaridad y garantía en los casos previstos en el artículo anterior, o por la entidad promotora de salud al cual esté afiliado, en cualquier otro evento". Ver también: Artículo 67 de la Ley 715 de 2001: "Atención de urgencias. La atención inicial de urgencias debe ser prestada en forma obligatoria por todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud a todas las personas. Para el pago de servicios prestados su prestación no requiere contrato ni orden previa y el reconocimiento del costo de estos servicios se efectuará mediante resolución motivada en caso de ser un ente público el pagador. La atención de urgencias en estas condiciones no constituye hecho cumplido para efectos presupuestales y deberá cancelarse máximo en los tres (3) meses siguientes a la radicación de la factura de cobro."

[75] Resolución 6408 de 2016 "Por la cual se modifica el Plan de Beneficios de Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capacitación", Artículo 8.

[76] M.P. José Fernando Reyes Cuartas

[77] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

[78] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

5.11. Teniendo en cuenta lo arriba mencionado, la garantía mínima del derecho a la salud para extranjeros no residentes comprende el derecho a recibir un mínimo de servicios de salud de atención de urgencias para atender sus necesidades básicas con el fin de preservar la vida cuando no haya un medio alternativo, la persona no cuente con recursos para costearlo y se trate de un caso grave y excepcional".

[80] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[81] Sentencia T-705 de 2017, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

[82] Intervención del Ministerio de Salud durante el trámite de revisión.

[83] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[84] Sentencia T-348 de 2018 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez "De ahí que, como se deriva de lo expuesto, no cabe reparo alguno frente a la negativa que se cuestiona, por cuanto la atención que se le ha brindado al señor David Ricardo es aquella que se prevé en el ordenamiento jurídico, excluyendo únicamente el suministro de medicamentos, los cuales, por regla general, no hacen parte de la atención básica de urgencias.(…) En otras palabras, en la medida en que, por regla general, como ya lo ha señalado la Corte en ocasiones anteriores, la atención básica de urgencias a la que tienen derecho todas las personas no incluye la entrega de medicamentos y, en el presente caso, el paciente es asintomático y el médico tratante no conceptuó sobre la urgencia en el suministro de los mismos, no es posible determinar que se esté ante un evento apremiante que, como tal, conduzca a exceptuar dicha regla general".

[85] M.P. Alejandro Linares Cantillo. La tutela consideró que el hospital accionado (HUEM) no vulneró los derechos a la vida, a la integridad y a la dignidad del un venezolano no residente en Colombia al haberle propiciado tratamiento de urgencia. En esa oportunidad, se definió la atención de urgencias a la que estas personas tiene derecho como "el derecho

a recibir un mínimo de servicios de salud de atención de urgencias para atender sus necesidades básicas con el fin de preservar la vida, solo aplicará cuando no haya capacidad de pago de la persona o su familia, el ámbito prestacional se limite exclusivamente a la atención de urgencias mínima y se trate de un caso grave y excepcional. Se trata, de otra forma dicho, de atender las necesidades más apremiantes de estos individuos a fin de respetar sus derechos a la vida digna y a la integridad física". En tal sentido, sostuvo que el accionado "no vulneró los derechos fundamentales a la salud del señor Hermócrates de Jesús Gil, toda vez que sí prestó la atención mínima de urgencia requerida por el paciente y materializada en (i) la intubación oro traqueal; (ii) el tratamiento antibiótico suministrado; (iii) la facilitación del soporte vasopresor; y (iv) su cuidado en la unidad de cuidados intermedios". Adicionalmente, consideró que el accionado no violó los derechos del tutelante al no practicarle la diálisis que requería, pues el centro hospitalario no prestaba esos servicios y además, hizo todo lo posible para que se trasladara a la unidad de cuidados intensivos.

[86] Tanto el Ministerio de la Protección Social como el Instituto Nacional de Salud, en virtud de las leyes reseñadas han proferido resoluciones y circulares en las que señalan los lineamientos que deben seguir las entidades que hacen parte de la red de donación y trasplante, por ejemplo, el Decreto 2493 de 2015 y las Resoluciones 5108 de 2005, 2640 de 2005 y 481 de 2018.

[87] Artículo 515.

[88] M.P. Jaime Araujo Rentería. La demanda se dirigió contra la expresión "o antes de la iniciación de una autopsia médico-legal" contenida en el artículo 2 de la Ley 73 de 1988, por considerar que dicha norma hace nugatorio el derecho que tienen los familiares de una persona fallecida a oponerse a la extracción de órganos o componentes anatómicos del cadáver de éste último, por cuanto restringe el término de seis horas consagrado en la ley para que se configure la presunción legal de donación de órganos para que los deudos puedan oponerse a ella.

[89] El Consejo de Estado, Sección Primera, en providencia de 8 de abril de 2010, al declarar la presunción de legalidad de los artículos 8, 21, parágrafo 1, y 40 del Decreto 2493 de 2004, dijo sobre el tema: "La inscripción de los pacientes en la Red de Donación y

Trasplantes, tiene por objeto establecer el orden de prelación que habrá de tenerse en cuenta al momento de asignar los componentes anatómicos disponibles que hayan sido requeridos con fines de trasplante. Este mecanismo contribuye a resolver de manera justa y equitativa los conflictos que se originan en la concurrencia o colisión de derechos, garantizando la más absoluta imparcialidad en la atención de las solicitudes de quienes abrigan la esperanza de recuperar o restablecer su salud. En ese sentido, el turno de inscripción otorga al interesado una prelación frente a las demás personas que hayan formulado su solicitud en fecha posterior y obliga al órgano competente a evacuar las solicitudes en forma cronológica.

Por consiguiente, cuando el artículo acusado prescribe que el derecho del extranjero no residente en Colombia de convertirse en receptor de un componente anatómico con fines de trasplante, está condicionado a la no existencia de nacionales o extranjeros residentes en lista nacional o regional de espera, en el fondo no está disponiendo nada distinto a que debe respetarse el derecho de quienes previamente radicaron sus solicitudes ante la Red de Donación y Trasplantes, pues entender lo contrario equivaldría a otorgar a los no residentes prerrogativas o privilegios infundados, violentando ahí sí y de manera flagrante el principio de igualdad, en detrimento de los nacionales y de los extranjeros que residen en Colombia.

No huelga señalar a propósito del tema, que la constatación de que no existen nacionales o extranjeros residentes en lista de espera, debe realizarse tomando en consideración el momento en el cual el extranjero no residente radica su solicitud, pues de conformidad con las ideas expuestas, es claro que los nacionales y extranjeros residentes en Colombia que formulen ese tipo de solicitudes con posterioridad a esa fecha, no pueden pretender que su solicitud sea satisfecha de manera prioritaria, desplazando al extranjero no residente en Colombia que se encuentre previamente inscrito.(…)".

[90] Por ejemplo, solo hasta la expedición del Acuerdo 282 de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud del Ministerio de la Protección Social, el costo del trasplante hepático quedó incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud.

[91] Al respecto, pueden consultarse las Sentencias: T-485 de 1999 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-1221 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-972 de 2001 M.P. Manuel José

Cepeda Espinosa, T-1105 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-1037 de 2004 M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-1069 de 2004 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-1131 de 2004 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-254 de 2005 M.P. Jame Araujo Rentería, T-962 de 2005 M.P. Margo Gerardo Monroy Cabra, T-730 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[92] Sentencia T-1069 de 2004 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[93] M.P. Jaime Córdoba Triviño. Cabe aclarar que, aun cuando la decisión consideró que el sistema de turnos en sí mismo no violaba el derecho a la igualdad, determinó que "en efecto, la Corte concluye que se vulnera el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida de la accionante cuando su permanencia en lista de espera se hace depender de razones de índole presupuestal, pues con ello el ISS está trasladando a sus usuarios una carga que no deben soportar, en detrimento del estado de salud de los pacientes".

[94] Sentencia T-111 de 2010 MP Mauricio González Cuervo reiterando la Sentencia T-568 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[95] M.P. Mauricio González Cuervo. La providencia determinó que la tutelante, nacional colombiana, no hubiera sido favorecida para el trasplante de riñón después de cinco años de estar en lista de espera no violaba sus derechos a la salud y a la vida. La Corte encontró que los criterios para la asignación de componentes anatómicos se adecuaban a un proceso de selección razonable y los jueces de tutela "no pueden ordenar trasplantes de órganos en términos perentorios, por cuanto no afectaría a otros pacientes que se encuentran en la misma situación y se desconocerían los criterios médicos y prioritarios determinados para este tipo de cirugías".

[96] M.P. Jaime Araujo Rentería.

[97] En tal sentido, ordenó exceptuar a la tutelante del requisito de certificación de la Coordinación de la Red del Nivel Regional Antioquia de "la no existencia de receptores en lista de espera nacional(…)o la certificación de que habiendo lista de espera nacional, no existen las condiciones logísticas para trasladar de una región a otra el componente anatómico o el paciente" y que el hospital accionado efectuara todas las gestiones para realizar en el menor tiempo posible el trasplante requerido.

[98] La Sentencia T-1088 de 2012 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo concluyó que el trato preferente que consagraba la prelación de los nacionales y residentes respecto a los extranjeros no residentes en el acceso a la donación de órganos (artículo 40 Decreto 2493 de 2004) era legítimo y se justificaba en atención a los deberes a los que está sometido el primer grupo por oposición al segundo, que incluyen la contribución al sistema de seguridad social del país. Así mismo, concluyó que el deber de solidaridad para los no residentes solo se hace efectivo en situaciones imprevistas e irresistibles. Dijo: "En ese orden de ideas, considera la Sala que el tratamiento diferenciado consagrado en la referida normatividad, es legítimo, en la medida en que busca garantizar los derechos fundamentales de los pacientes nacionales y extranjeros residentes que se encuentran en las listas de espera y, a su vez, pretende desincentivar el turismo de trasplante en el país". La decisión concluyó que la decisión de haber incluido a un extranjero no residente en la lista de espera para el trasplante de un hígado violaba los derechos fundamentales a la salud de los nacionales y residentes, en tanto "el proceso de asignación de dichos componentes a los pacientes se realiza de conformidad con unos criterios técnicos-científicos, dentro de los cuales se encuentra el turno en la lista de espera, sin embargo, en la mayoría de las veces, como sucede en el caso objeto de estudio, éste no es el criterio que define la asignación del órgano, ya que existen otros de mayor relevancia como el estado de salud del receptor".

[99] M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[100] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[101] "Debido a lo anterior, la Sala encuentra que la negativa de la Fundación Cardioinfantil de iniciar el procedimiento para la inscripción del accionante en la lista de espera responde a que no se acreditan las condiciones para prestar el servicio, de conformidad con el artículo 40 del Decreto Reglamentario 2493 de 2004 y las respectivas circulares expedidas por el Instituto Nacional de Salud (coordinador nacional de la red de donación), puesto que en la actualidad existen 134 colombianos inscritos en la lista de espera regional y nacional para trasplante hepático".

[102] En este acápite se reitera textualmente la Sentencia C-063 de 2018 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[103] Sentencia C-022 de 1996 M. P. Carlos Gaviria Díaz. En esta ocasión, la Corte examinó

la constitucionalidad de una norma que otorgaba a aquellas personas que prestaran el servicio militar una bonificación del 10% en el puntaje de los exámenes para acceder a la educación pública universitaria. En dicho fallo, este Tribunal concluyó que dicho beneficio era inconstitucional.

[104] Sentencia C-022 de 1996.

[106] El concepto de los niveles de intensidad fue desarrollado por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos y fue adoptada por la Corte Constitucional en la segunda versión del test de igualdad. Frente al tema, se pueden ver sentencias como United States v. Carolene Products Company, 304 U.S. 144 (1938); Skinner v. State of Oklahoma, 316 U.S. 535 (1942); o Craig v. Boren, 429 U.S. 190 (1976).

[107] "(el test de igualdad) se funda en la existencia de distintos niveles de intensidad en los "escrutinios" o "tests" de igualdad (estrictos, intermedios o suaves). Así, cuando el test es estricto, el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso, mientras que si el test es flexible o de mera razonabilidad, basta con que la medida sea potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento".

[108] En efecto, la precitada Sentencia C-093 de 2001 señaló: "… este juicio o test integrado intentaría utilizar las ventajas analíticas de la prueba de proporcionalidad, por lo cual llevaría a cabo los distintos pasos propuestos por ese tipo de examen: adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad stricto senso. Sin embargo, y a diferencia del análisis de proporcionalidad europeo, la práctica constitucional indica que no es apropiado que el escrutinio judicial sea adelantado con el mismo rigor en todos los casos, por lo cual, según la naturaleza de la regulación estudiada, conviene que la Corte proceda a graduar en intensidad cada uno de los distintos pasos del juicio de proporcionalidad, retomando así las ventajas de los tests estadounidenses".

[109] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[110] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[111] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[112] M.P. Mauricio González Cuervo.

[113] M.P. José Antonio Cepeda Amaris.

[114] M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[115] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[116] Sentencias C-673 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y C-051 de 2014 M.P. Mauricio González Cuervo.

[117] Sentencias C-673 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y C-051 de 2014 M.P. Mauricio González Cuervo.

[118] Sentencia C-093 de 2001 M. P. Alejandro Martínez Caballero.

[119] Sentencia C-112 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[120] Con respecto al desarrollo teórico de las acciones afirmativas, se puede consultar Tushnet, Mark. "The New Constitutional Orden". Princeton Universtiy Press. Princeton, 2004.

[121] Como el criterio sospechoso no promueve una diferenciación, sino que intenta reducir la brecha entre dos o más comunidades, este Tribunal considera este trato legítimo, pues está ligado de manera sustantiva a la obtención de una finalidad constitucionalmente importante. Así, el juez debe determinar: "(i) si la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental; (ii) si existe un indicio de arbitrariedad que puede resultar sumamente gravosa para la libre competencia; y (iii) que entre dicho trato y el objetivo que persigue exista una relación de idoneidad sustantiva" (C-673 de 2001 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).

[122] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[123] Código de Comercio. Artículo 499.

[124] Código Civil. Artículo 180.

[125] Ley 54 de 1990. “Artículo 1o. A partir de la vigencia de la presente Ley y para todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho”.

[126] Ley 54 de 1990. “Artículo 2o. Modificado por el art. 1, Ley 979 de 2005. Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:

b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inicio la unión marital de hecho”.

[127] Sentencia T-314 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[128] Sentencia C-768 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[129] Ibídem.

[130] Sentencia C-179 de 1994 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[131] Sentencia C-1024 de 2002 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[132] Sentencia C-768 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[133] Sentencia C-913 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[134] Gaceta 489 de 2014, Exposición de motivos proyecto de ley 091 de 2014, Cámara de Representantes.

[135] Gaceta 489 de 2014, Exposición de motivos proyecto de ley 091 de 2014, Cámara de Representantes. En materia de tejidos contemplaba lo siguiente: “En materia de implante de tejidos, se podrán realizar trasplantes a extranjeros no residentes en Colombia únicamente de acuerdo con los criterios de urgencia médica definidos por el Instituto

Nacional de Salud y previa consulta de disponibilidad de tejidos al Instituto Nacional de Salud".

[136] Gaceta 254 de 2014. El texto propuesto fue: "Artículo 10. Se prohíbe la prestación de servicios de trasplante de órganos extranjeros no residentes en el territorio nacional. En materia de implante de tejidos, se podrán realizar trasplantes a extranjeros no residentes en Colombia únicamente de acuerdo con los criterios de urgencia médica definidos por el Instituto Nacional de Salud y previa consulta de disponibilidad de tejidos al Instituto Nacional de Salud".

[137] Gaceta 689 de 2015, Texto definitivo proyecto de ley 091 de 2014, Cámara de Representantes.

[138] Gaceta 91 de 2015. Segundo debate del proyecto de ley 093 de 2015 Senado en la plenaria.

[139] Gaceta 08 de 2016. Primer debate en comisión de Senado. El Senador José Obdulio Gaviria Vélez dijo: "encontré que evidentemente hay tráfico internacional de órganos, se ha convertido ese tema en un tráfico además de dinero, la capacidad económica de algunos podría perfectamente dar traste con los derechos de los pobres que necesitan trasplantes en Colombia. En fin que se podría abrir una compuerta terrible de exclusión de los colombianos de clase media o pobres en Colombia, y una posibilidad de que hubiese como una especie de competencia económica por los trasplantes (…). Nos tiene con el corazón arrugado y esperando que eso se desenvuelva positivamente el caso de la niñita de Buesaco, les garantizo, antes se decía que cherchez la femme para buscar que pasó en un determinado episodio criminal, pues hoy hay que buscar al extranjero en ese tema de donantes con absoluta seguridad, es que las cantidades de dinero que mueve ese crimen son enormes, entonces sin poner en entredicho los científicos colombianos, sin estar diciendo que allá se puede llegar a mover una gran cantidad de dinero de una manera desleal. Estoy diciendo que sí es conveniente que los colombianos pongamos un cerco que impida que este asunto se convierta en un negocio internacional".

[140] Declaración de Estambul sobre el tráfico de órganos, Cumbre Internacional sobre Turismo de Trasplantes y Tráfico de Órganos, 2008, con participación de Colombia. Cabe aclarar que esta declaración no es vinculante para Colombia ni tiene el valor legal de un

tratado o convenio o resolución de Naciones Unidas. “El tráfico de órganos es la obtención, transporte, transferencia, encubrimiento o recepción de personas vivas o fallecidas o sus órganos mediante una amenaza, uso de la fuerza u otras formas de coacción, secuestro, fraude, engaño o abuso de poder o de posición vulnerable; o la entrega o recepción de pagos o beneficios por parte un tercero para obtener el traspaso de control sobre el donante potencial, dirigido a la explotación mediante la extracción de órganos para trasplante.

La comercialización de trasplantes es una política o práctica en la que un órgano se trata como una mercancía, incluida la compra, venta o utilización para conseguir beneficios materiales”.

[141] Organización Mundial de la Salud. Principios rectores de la OMS sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos. Aprobados por la 63.ª Asamblea Mundial de la Salud, de mayo de 2010, en su resolución WHA63.22. “2. La escasez de órganos disponibles no sólo ha llevado a muchos países a elaborar procedimientos y sistemas destinados a aumentar la oferta, sino que también ha estimulado el tráfico comercial de órganos humanos, sobre todo de donantes vivos no emparentados con los receptores. Las pruebas de la existencia de ese comercio, y del tráfico de seres humanos que lo acompaña, se han hecho más evidentes en los últimos decenios. Además, la facilidad cada vez mayor para las comunicaciones y viajes internacionales ha llevado a muchos pacientes a viajar al extranjero para acudir a centros médicos que hacen publicidad de su capacidad para realizar trasplantes y suministrar órganos donados por una tarifa única que lo incluye todo”.

[142] Ver, por ejemplo, Vendo mi riñón: el comercio de órganos por internet, Semana, 23 de agosto de 2010: https://www.semana.com/vida-moderna/articulo/vendo-rinon-el-comercio-organos-internet/120929-3. El artículo, con fundamento en cifras de la OMS, afirma que “cada año se hacen alrededor de 70.000 trasplantes de riñones en el mundo y se estima que entre 3.000 y 4.000 de esos órganos provienen del comercio de órganos, según cifras avaladas por la Organización Mundial de la Salud”. Ver también, Vendo mi riñón por 8.000 euros: La desesperación empuja a residentes en España a ofrecer sus órganos en la Red para trasplantes en el exterior – Ese ‘negocio’ está tipificado en el Código Penal, El País (España), 31 de julio de 2011:

https://elpais.com/diario/2011/07/31/sociedad/1312063203_850215.html

[143] Ver, por ejemplo, El mercado de órganos humanos está destruyendo vidas, Washington Post, 5 de enero de 2016: https://www.washingtonpost.com/news/in-theory/wp/2016/01/05/the-market-for-human-organs-is-destroying-lives/?noredirect=on&utm_term=.fb9ec6d7d537; La realidad sobre el tráfico de órganos en el mundo, BBC, 6 de mayo de 2014: https://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/05/140403_mexico_trafico_organos_mito_realidad_jcps

[144] Ley 1805 de 2016. Artículo 17. "Modifíquese el artículo 2° de la Ley 919 de 2004 el cual quedará

así: Artículo 2°. Quien trafique, compre, venda o comercialice componentes anatómicos humanos, incurrirá en pena de tres (3) a seis (6) años de prisión.

Parágrafo 1°. En la misma pena incurrirá quien sustraiga un componente anatómico de un cadáver o de una persona sin la correspondiente autorización, quien participe en calidad de intermediario en la compra, venta o comercialización del componente o quien realice publicidad sobre la necesidad de un órgano o tejido sobre su disponibilidad, ofreciendo o buscando algún tipo de gratificación o remuneración.

Parágrafo 2°. Cuando la conducta se realice con el fin de comercializar los componentes anatómicos humanos en el exterior, la pena se aumentará de la mitad al doble de la pena".

[145] Declaración de Estambul sobre el tráfico de órganos, Cumbre Internacional sobre Turismo de Trasplantes y Tráfico de Órganos, 2008, con participación de Colombia.

[146] Declaración de Estambul sobre el tráfico de órganos, Cumbre Internacional sobre Turismo de Trasplantes y Tráfico de Órganos, 2008, con participación de Colombia.

[147] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[148] "En relación con los cargos formulados, la Corte encuentra que, en principio, la norma persigue una finalidad legítima al fijar requisitos a los beneficiarios de la pensión de

sobrevivientes, lo cual no atenta contra los fines y principios del sistema. En primer lugar, el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados y, como ya se indicó, con este tipo de disposiciones lo que se pretende es evitar las convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes.

Además, según el desarrollo de la institución dado por el Congreso de la República, la pensión de sobrevivientes es asignada, en las condiciones que fija la ley, a diferentes beneficiarios (hijos, padres y hermanos inválidos). Por ello, al establecer este tipo de exigencias frente a la duración de la convivencia, la norma protege a otros posibles beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual está circunscrito dentro del ámbito de competencia del legislador al regular el derecho a la seguridad social.

Con base en lo expuesto, al evaluar específicamente los cargos de inconstitucionalidad endilgados contra los literales a) y b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la Corte encuentra lo siguiente:

El señalamiento de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y la determinación de sus calidades es una materia inherente al régimen de seguridad social, en el marco trazado por el artículo 48 de la Constitución Política.

El hecho de establecer algunos requisitos de carácter cronológico o temporal para que el cónyuge o compañera o compañero permanente supérstite sea beneficiario de la pensión, no significa que el legislador haya desconocido o modificado la legislación civil sobre derechos y deberes de los cónyuges emitida en desarrollo del artículo 42 de la Constitución, pues la seguridad social representa un área autónoma frente al ordenamiento civil (CP, arts. 42 y 48)".

[149] Organización Mundial de la Salud. Principios rectores de la OMS sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos. Aprobados por la 63.ª Asamblea Mundial de la Salud, de mayo de 2010, en su resolución WHA63.22.