

DONACION DE ORGANOS O COMPONENTES ANATOMICOS POST-MORTEM

La Corte evidencia que el tema de la donación de órganos después de la muerte conlleva importantes implicaciones y consecuencias tanto jurídicas como filosóficas, científicas, sociológicas y antropológicas, materias no pacíficas y de difícil solución desde el punto de vista ético-jurídico y ético-médico, problemas frente a los cuales las legislaciones en el mundo han ensayado diferentes respuestas y soluciones. Estos planteamientos tienen que ver fundamentalmente, desde un punto de vista ético-jurídico, con el problema del consentimiento informado y el respecto de la libertad de decisión del donante, y en el caso específico de donación post-mortem y a falta de la manifestación expresa de voluntad por parte de la persona en vida, respecto de la importancia del papel de la decisión de los familiares para que proceda la extracción de órganos. Los problemas ético-médicos que suscita la donación de órganos cadavéricos, están relacionados con el concepto de muerte, de si ésta es considerada como muerte cerebral o cardiovascular, y respecto del avance científico para su determinación precisa, frente a lo cual existen serios debates. Estos planteamientos demuestran que la donación de órganos no constituye una cuestión ética y jurídicamente neutra, ya que implica complejas y difíciles decisiones y discusiones morales, filosóficas, religiosas, sociológicas y antropológicas que suscitan agudas controversias en el contexto del debate y discusión contemporánea.

CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA DONACION DE ORGANOS-Importancia

El consentimiento informado constituye uno de los principios fundamentales en bioética, fundamentado en la “autonomía de la voluntad” la cual es fundamental en todo tratamiento médico. Lo esencial es que en la donación de órganos, bien sea en vida o post-mortem, exista libertad o el libre consentimiento informado bien sea de la persona en vida o a falta de éste, que la ley le otorgue oportunidad a los parientes y familiares más cercanos para que puedan manifestar su voluntad antes de que entre a operar el consentimiento presunto o la presunción legal de donación. El tema del consentimiento informado se encuentra íntimamente relacionado con el tema del derecho a la información, pues el derecho a ser informado de manera clara, objetiva, idónea y oportuna sobre todos los aspectos que encierra la ablación de órganos, en el caso que nos ocupa post-mortem, es un requisito necesario para garantizar que la persona en vida o los familiares de ésta luego de su muerte, cuando no existe manifestación de voluntad expresa al respecto por parte de aquélla,

puedan otorgar un consentimiento libre u oponerse a la extracción de los órganos del cadáver del ser querido.

CONSENTIMIENTO PRESUNTO O PRESUNCION LEGAL DE DONACION DE ORGANOS-Configuración

En caso de que la persona no haya manifestado expresamente su voluntad en vida respecto del tema de la donación de órganos después de su muerte, el Estado y la ley presume la voluntad tácita o implícita de la persona para que pueda efectuarse la donación, dando prioridad al interés público o a la función social del cadáver, condicionando la configuración de la presunción legal de donación o del consentimiento presunto a la autorización expresa de los familiares o por lo menos a la no oposición o silencio por parte de éstos.

PRESUNCION LEGAL DE DONACION DE ORGANOS-Manifestación de voluntad de los familiares del fallecido

El fundamento constitucional del otorgamiento del derecho a los familiares de una persona fallecida a oponerse a la extracción de órganos o componentes anatómicos del cadáver de esta última, encuentra sustento y fundamento constitucional, de la misma manera que respecto de la propia persona en vida, en el principio general de libertad, y los derechos de libertad de conciencia -art. 18 CN-, y el de libertad de cultos -art.19-, en razón de los vínculos afectivos, emocionales y psicológicos que desarrollan las personas con sus familiares más allegados y que afectan directamente el desarrollo de su autonomía personal, por lo cual la ley les concede igualmente la posibilidad de manifestar su consentimiento u oponerse a la ablación de órganos del cadáver de un familiar.

PRESUNCION LEGAL DE DONACION DE ORGANOS EN DERECHO COMPARADO-Argentina

PRESUNCION LEGAL DE DONACION DE ORGANOS EN DERECHO COMPARADO-México

PRESUNCION LEGAL DE DONACION DE ORGANOS EN DERECHO COMPARADO-Brasil

PRESUNCION LEGAL DE DONACION DE ORGANOS EN DERECHO COMPARADO-Perú

PRESUNCION LEGAL DE DONACION DE ORGANOS EN DERECHO COMPARADO-Bélgica

PRESUNCION LEGAL DE DONACION DE ORGANOS EN DERECHO COMPARADO-España

PRESUNCION LEGAL DE DONACION DE ORGANOS EN DERECHO COMPARADO-Francia

PRESUNCION LEGAL DE DONACION DE ORGANOS EN DERECHO COMPARADO-Suecia

DERECHO DE LOS FAMILIARES A DISPONER DEL CADAVER

La Corte ha reconocido el derecho de los familiares a disponer del cadáver de un ser querido, y específicamente el derecho de oposición que pueden ejercer los familiares, en la relación de precedencia y prevalencia que la misma ley estatuye, para oponerse a la donación de órganos del cadáver de un familiar fallecido, determinado por el derecho de custodia, conservación y culto del cadáver, lo cual encuentra fundamento a su vez en los principios constitucionales de libertad de conciencia, de religión y de cultos.

PRESUNCION LEGAL DE DONACION DE ORGANOS-Derecho de los familiares del fallecido a oponerse a la ablación de órganos del cadáver

La propia ley con un fundamento de origen constitucional les ha otorgado a los familiares de una persona fallecida, de conformidad con la precedencia de las personas indicadas en la misma ley o decreto reglamentario, que los familiares del fallecido tienen un derecho sobre el cadáver, que consiste en la posibilidad de manifestar su voluntad respecto de la ablación de los órganos del cadáver, para que no opere la presunción legal de donación establecida por la ley 73 de 1988

PRESUNCION LEGAL DE DONACION DE ORGANOS-Condiciones de configuración

La Corte concluye, en relación con el tema de donación de órganos y la presunción legal de donación, que esta cumple con un fin constitucional legítimo y persigue la conciliación del principio de libertad y solidaridad social. Sin embargo, para la Corte esta figura debe respetar el derecho de los familiares a oponerse a la extracción de órganos y componentes anatómicos del cuerpo de un familiar fallecido, en aras de respetar la primacía de la libertad individual y los derechos de libertad de conciencia, de religión y de cultos de los familiares. Así mismo, concluye la Corte que el Estado debe asumir frente al tema de la donación de órganos una posición neutra e imparcial respetando las diferentes ideologías o concepciones sobre el bien y lo bueno de los ciudadanos

SENTENCIA CONDICIONADA-Garantía y protección de los derechos de familiares a oponerse a la ablación de órganos del cadáver

Los condicionamientos, encuentra la Corte, son necesarios para garantizar y proteger de manera efectiva el derecho que tienen los familiares a otorgar su consentimiento u oponerse a la ablación de órganos del cuerpo inerte de un familiar y a hacerlo de una manera libre, consciente e informada, lo cual, es requisito sine qua non del ejercicio efectivo de las libertades constitucionales, especialmente de la libertad de conciencia y de religión o cultos, que constituyen el fundamento del derecho de los familiares a consentir u oponerse a la ablación de órganos del cadáver de un familiar fallecido.

Referencia: expediente D-6806

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2 (parcial) de la Ley 73 de 1988 “Por la cual se adiciona la Ley 09 de 1979 y se dictan otras disposiciones en materia de donación y transplante de órganos y componentes anatómicos para fines de transplantes u otros usos terapéuticos”

Demandante: Juan Fernando Ramírez Gómez

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Bogotá, D. C., ocho (8) de noviembre de dos mil siete (2007).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Juan Fernando Ramírez Gómez, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, presentó demanda contra el art. 2 (parcial) de la Ley 73 de 1988 “Por la cual se adiciona la Ley 09 de 1979 y se dictan otras disposiciones en materia de donación y

transplante de órganos y componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos”, a la cual correspondió el expediente D-6806.

Mediante Auto del catorce (14) de mayo de dos mil siete (2007), fue admitida por el Despacho la demanda presentada, por cumplir con las exigencias establecidas en el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991.

En consecuencia se dispuso fijar en lista el presente proceso en la Secretaría General de la Corte por el término de diez (10) días, para efectos de permitir la intervención ciudadana, y simultáneamente, correr traslado del expediente al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto correspondiente. Igualmente, se dispuso comunicar la iniciación del presente proceso al Presidente del Congreso, al Presidente de la República y a los Ministros de Interior y de Justicia, y de Protección Social, para que si lo consideraban conveniente, intervinieran directamente o por intermedio de apoderado escogido para el efecto dentro de este proceso de constitucionalidad.

Así mismo se invitó a participar dentro de este proceso a la Coordinación Nacional de la Red de Donación y Trasplantes, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a las Facultades de Derecho de la Universidad Santo Tomás, de la Universidad Popular del Cesar, y de la Universidad del Norte, con el fin de que emitieran su opinión sobre la disposición materia de impugnación.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la disposición demandada, acorde con su publicación en el Diario Oficial No. 38623, del 21 de diciembre de 1988:

“LEY NÚMERO 73 DE 1988

(diciembre 20)

Por la cual se adiciona la Ley 09 de 1979 y se dictan otras disposiciones en materia de

donación y transplante de órganos y componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos

El Congreso de Colombia

DECRETA:

(...)

ART. 2.— Para los efectos de la presente Ley existe presunción legal de donación cuando una persona durante su vida se haya abstenido de ejercer el derecho que tiene a oponerse a que de su cuerpo se extraigan órganos o componentes anatómicos después de su fallecimiento, si dentro de las seis (6) horas siguientes a la ocurrencia de la muerte cerebral o antes de la iniciación de una autopsia médico-legal, sus deudos no acreditan su condición de tales ni expresan su oposición en el mismo sentido.” (expresión subrayada acusada)

III. DEMANDA

El demandante considera que la expresión demandada viola los artículos 1º, 2º inciso segundo, artículo 15 inciso primero, artículos 16, 18, 19, 42 inciso segundo, artículo 101 incisos tercero y cuarto de la Constitución Nacional.

Según el demandante, a pesar que la norma acusada tiene fundamento en el principio de solidaridad humana, esta norma no puede contravenir los principios y garantías fundamentales del individuo consagradas en la Constitución Nacional.

Afirma el actor, que de conformidad con lo dispuesto por el artículo segundo de la Ley 73 de 1988, la presunción legal de donación de órganos tiene lugar cuando una persona durante su vida no haya expresado su oposición a que de su cuerpo se extraigan órganos o componentes anatómicos después de su fallecimiento, si dentro de las seis horas siguientes a la ocurrencia de la muerte cerebral o antes de la iniciación de la autopsia médico legal sus deudos no acreditan su condición de tales ni expresan su oposición en el mismo sentido.

Ahora bien, según el demandante la expresión demandada “o antes de la iniciación de la autopsia médico legal” es violatoria de la Carta Política, de manera general, por cuanto dicha expresión permite que en cualquier momento luego del fallecimiento de una persona y antes

de que se de inicio a la autopsia médico-legal, la cual inicia con la observación del cadáver por parte del médico, se pueda realizar el procedimiento de extracción de órganos o componentes anatómicos, por lo cual en la realidad no se está respetando el derecho de los familiares a oponerse a tal procedimiento, lo cual resulta violatorio del derecho a la libertad de conciencia, libertad de cultos, al libre desarrollo de su personalidad, el derecho a la intimidad personal y familiar, así como representa una presunción de propiedad del Estado sobre los cuerpos sin vida de sus ciudadanos.

En este sentido, el accionante esgrime cinco (5) cargos concretos de inconstitucionalidad frente a la expresión demandada:

1. La expresión demandada es violatoria del artículo 18 de la Constitución Política al constituir una vulneración a la libertad de conciencia. Por tanto, según el demandante el texto demandado contraría la libertad de conciencia porque de acuerdo con esta expresión “los familiares del difunto no cuentan con la posibilidad en el espacio tiempo para poder ejercer su derecho a oponerse a que su familiar fallecido sea donante de órganos, si es que acaso éste no manifestó en vida su deseo de no serlo”.

Para fundamentar este aserto aduce el demandante que el artículo 44 del decreto 1172 de 1989, reglamentaria de la Ley 73 de 1988, determina el momento a partir del cual se entiende que se da inicio a la autopsia médico-legal, para efectos de terminar la presunción legal de donación: “En tratándose de autopsias médico-legales, la presunción legal de donación ... ocurre cuando el médico autorizado para practicarlas efectúa con tal propósito la observación del cadáver”.

De acuerdo con el demandante, esto implica que “en cualquier momento (por que está indeterminado en el tiempo el cuándo inicia una autopsia médico legal) después de la ocurrencia de la muerte de cualquier ciudadano colombiano, hay presunción legal de donación y podrían ejecutarse actos tendientes a realizar extracción de órganos que conforman el cuerpo humano, bastando tan solo el hecho de la muerte encefálica de alguien”

En este sentido, concluye el actor que en tanto la norma acusada en el aparte demandado determina una situación jurídica que implica que habrá presunción legal de donación de órganos antes de la autopsia médico-legal, y si bien la autopsia médico-legal, de acuerdo con

el artículo 44 del decreto 1172 de 1989, ocurre cuando el médico autorizado para practicarla efectúa con tal propósito la observación del cadáver, es lícito de acuerdo con el demandante deducir que “es el momento posterior a la determinación de la muerte cerebral, es (sic) instante a partir del cual se da la presunción legal de donación de órganos”. Además esto se explica para el demandante por el significado mismo de la palabra antes, que en este contexto hace referencia a todo momento anterior a la autopsia médico-legal y posterior a la muerte encefálica.

Por consiguiente, para el demandante, la expresión acusada está consagrando un absurdo, por cuanto según su interpretación de la norma, ningún ciudadano tiene la oportunidad en el tiempo de manifestar su oposición a la donación de órganos de un familiar fallecido y por esta razón se encuentra compelido a actuar contra su conciencia, lo cual es para el actor claramente violatorio de la Constitución Nacional.

2. De otra parte, alega el demandante en su segundo cargo, que la expresión demandada del artículo 2 de la Ley 73 de 1988 es violatoria del artículo 19 en su inciso primero, que garantiza la libertad de cultos. Para fundamentar este cargo aduce el demandante que las honras fúnebres es una de las partes más importantes en cada religión, ya que representan el paso de esta existencia a una existencia de trascendencia espiritual.

En este sentido, el demandante menciona la sentencia T-162 de 1994 que definió el alcance de la libertad de cultos en lo tocante a la importancia del culto. Así mismo, señala en concepto del accionante, el artículo 19 inciso segundo de la Constitución obliga al Estado a tener un respeto sumo de las creencias religiosas.

Por tanto concluye el demandante que no solo se puede oponer una persona o sus familiares a la donación de órganos y/o partes anatómicas del cuerpo humano en razón a que su conciencia así se lo indica, sino que también respecto de la muerte existen rituales propios de cada religión, que implican una actitud moral y religiosa frente a otorgar permiso o no para la donación de órganos. Menciona el actor que por ejemplo la iglesia católica tiene definida su posición moral frente a la donación de órganos, en el sentido de que ésta no es aceptable si el donante o sus representantes no han dado su consentimiento consciente.

De esta manera, concluye el demandante que el legislador debió dejar un espacio de tiempo razonable y suficiente para que quien o quienes, según la religión que profesen, puedan

oponerse a la donación de órganos dentro de un lapso de tiempo, término que tal como está redactada la expresión acusada no existe en criterio del actor.

4. El cuarto cargo concreto de inconstitucionalidad consiste en que según el demandante la expresión acusada vulnera igualmente el artículo 15 inciso primero de la Constitución Nacional, relativo al derecho a la intimidad personal y familiar. En efecto, considera el demandante que la expresión acusada constituye una injerencia contraria a la Constitución Nacional, puesto que si bien es del resorte de los ciudadanos colombianos su elección por una religión o iglesia, así como la elección de lo que les dicte su conciencia, la imposición según la cual los familiares de un fallecido, sobre el cual podría aplicarse la presunción legal de donación de órganos, es atentatoria de la intimidad de estos, en razón a que ante la falta del ser que habitaba el cuerpo ahora inerte, éstos son los custodios del mismo.

El demandante alega que el artículo 15 se encuentra en conexidad con el inciso segundo del artículo 42 de la Constitución Nacional que garantiza la intimidad de la familia. Por tanto, alega que el Estado no es el propietario del cuerpo sin vida de una persona, pudiendo a lo sumo llevar a cabo procedimientos sobre el cuerpo del fallecido por efectos de orden público o interés general, pero que siempre debe ser la familia la que decida qué hacer con el cuerpo de alguno de sus familiares. El demandante menciona en este punto la sentencia C-489 de 1995, respecto del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar.

5. Finalmente en un último cargo concreto, el accionante alega que la expresión demandada resulta inconstitucional en tanto es violatoria de los incisos tercero y cuarto del artículo 101 de la Constitución Nacional, en tanto la norma constitucional aludida no está reconociendo derechos al Estado sobre los cuerpos sin vida de sus ciudadanos.

En este orden de ideas, el ciudadano concluye que el aparte demandado del artículo segundo de la Ley 73 de 1988 pretendiendo otorgar un derecho a los ciudadanos, esto es, el de oponerse a que al cuerpo sin vida de un familiar se le extraigan los órganos, en consonancia con el derecho a la libertad de conciencia y a la intimidad personal y familiar, lo que hace en realidad es hacer nugatorio tal derecho. Para el demandante la expresión demandada es contradictoria, en cuanto se opone a la hipótesis misma de la parte inicial del mismo artículo, en cuanto no otorga el derecho a oponerse a la extracción de órganos o componentes

anatómicos del cuerpo, sino que en la realidad lo está quitando. Por ello consiste en un contrasentido.

IV. INTERVENCIONES

1. Ministerio de Protección Social

El Ministerio de Protección Social intervino en el proceso de la referencia a través de la doctora Nelly Patricia Ramos Hernández, en su calidad de Jefe de Oficina Asesora Jurídica de esa entidad, para defender la constitucionalidad de la expresión impugnada y solicitar a esta Corte desestimar las pretensiones de la demanda y declarar que el aparte “o antes de la iniciación de una autopsia médico-legal” del artículo 2 de la Ley 73 de 1988 es constitucional. Para ello presentó el Ministerio los siguientes argumentos:

1.1 En primer término realiza el Ministerio de Protección Social unas consideraciones preliminares respecto de la naturaleza del trasplante, empezando por definirlo como “el reemplazo con fines terapéuticos de componentes anatómicos de una persona, por otros iguales o asimilables, provenientes del mismo receptor, o de un donante, vivo o muerto. // También puede definirse como un procedimiento quirúrgico que consiste en reemplazar un órgano o tejido que presenta una insuficiencia por otro que cumpla plenamente la función, de esta forma se logra recuperar la salud de las personas”.

Recuerda el Ministerio que la salud es un bien de interés público y considera que en consecuencia las disposiciones contenidas en el decreto cuyo aparte se demanda, son disposiciones de orden público, las cuales regulan las actividades relacionadas con la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos, los procedimientos para trasplante en seres humanos, y se establecen las condiciones mínimas para el funcionamiento de las Unidades de Biomedicina Reproductiva, Centros o similares.

Señala, el Ministerio, a partir de consideraciones de tipo sociológico, que por distintas razones como ignorancia y tabúes, nuestra sociedad no está relacionada o no tiene la suficiente información o conocimiento respecto de la donación y los trasplantes y no existe una cultura de la donación.

1.2 En segundo lugar, pasa el Ministerio a analizar el caso concreto considerando que el demandante hace una interpretación errónea de los preceptos constitucionales desconociendo los principios valores y derechos de solidaridad, interés general, la vida, la salud, entre otros, consagrados en la Constitución Nacional, los cuales hacen efectivo el Estado Social de Derecho y los fines que se persiguen en él.

Para el Ministerio el precepto demandado se encuentra ajustado a la Constitución Política, toda vez, que esta norma acusada garantiza el debido proceso, la vida, la salud, la solidaridad, el interés general, la libertad de conciencia y el desarrollo de la personalidad de quienes demandan el trasplante, lo cual hace posible los fines esenciales del Estado consagrado en el artículo 2 de la Constitución, ya que la presunción legal de donación, en la norma demandada y en su decreto reglamentario (Decreto 2493 de 2004), se da la posibilidad a quien por convicción no quiera que una vez producida la muerte de su cuerpo se extraigan componentes anatómicos con fines de donación, docencia o investigación, de oponerse a ella en vida. Igualmente alega el Ministerio que a los familiares que se opongan a que del cuerpo de su familiar se realice la donación. En concepto del Ministerio, el Legislador de 1988 conservó y garantizó el principio de autonomía de la voluntad del individuo frente al destino de su cuerpo, y permitió que los seres más próximos, en el evento que el fallecido no manifestara en vida su voluntad, en su representación dispusieran sobre autorizarlo o no, y a falta de uno o del otro, el Estado autorizara la extracción o no, dando la posibilidad que sobre la misma haya oposición.

1.3 De otra parte, considera el Ministerio en relación al cargo del demandante relativo a la vulneración al derecho al libre desarrollo de la personalidad, que la interpretación del actor es errónea por cuanto conforme al principio y fin de la existencia de la persona, la misma termina con la muerte física del individuo, lo cual trae consigo la desaparición de los derechos y obligaciones. Por esta razón, no debe aceptarse, según el Ministerio, que con la extracción de un componente anatómico se afecte el desarrollo de la personalidad de quien ya no es persona, mucho menos ha de aceptarse, afirma el Ministerio, que el mismo afecta el desarrollo de la personalidad de los deudos, ya que el precepto constitucional consagrado en el artículo 16 constituye un derecho personalísimo.

Señala igualmente el Ministerio, en relación con el quinto cargo concreto del actor, que no se puede catalogar el cuerpo del individuo luego de su perecimiento como un bien objeto de

apropiación que permita a los deudos, a la sociedad o al Estado disponer de él como una cosa jurídicamente hablando. Considera el Ministerio que precisamente por no tratarse el cuerpo inerte de un ser humano de un bien objeto de apropiación corresponde al Estado regular el destino final de éstos, para lo cual previó respetar la voluntad de quien en vida hizo su manifestación expresa en uno u otro sentido y a falta de ésta, le permitió a sus deudos expresar su voluntad respecto del cuerpo de su familiar, y a falta de estos dos le confirió dicha potestad al propio Estado la posible presunción legal de donación. No obstante, en concepto del Ministerio esto no permite predicar que el Estado o los deudos son los propietarios del cuerpo, ya que una afirmación tal desnaturalizaría la condición del ser humano y la vida del hombre como ser societario. Por consiguiente, en concepto del Ministerio es errónea la apreciación del actor relativa a que el cadáver de una persona no se encuentra contemplado en el artículo 101 de la Constitución Política, lo cual no hace al Estado propietario del cadáver.

1.4 En cuarto lugar, en criterio del Ministerio la norma acusada, contrario a lo que alega el accionante, garantiza el derecho de libertad de conciencia tal y como está contemplado en el precepto legal, en el cual se da la posibilidad para que la persona que desee hacer uso de oposición de la donación la haga y de no hacerlo el legislador lo contempla como una aceptación tácita dando la posibilidad de que exista una oposición por parte de los deudos, cuando no ha habido manifestación en vida y de no darse el legislador consideró que el Estado podrá hacerlo, considerando un término prudencial para que se efectúe la oposición. A este respecto señala el Ministerio, que de acuerdo con los medios tecnológicos el término de seis (6) horas o el momento desde el fallecimiento hasta el inicio de la necropsia médico-legal, la cual inicia en el momento en que el cuerpo es puesto a disposición de Medicina Legal, debiendo este instituto garantizar la posibilidad de que los deudos se opongan.

1.5 Así mismo considera el Ministerio que la expresión demandada del artículo 2 no impide u obstaculiza el ejercicio del culto o religión del fallecido, y que por ejemplo el máximo jerarca de la iglesia católica en la encíclica de la vida, definió la donación de componentes anatómicos como el mayor acto de misericordia de un ser humano para con otro.

1.6 Finalmente, el Ministerio hace mención de los efectos benéficos que ha traído la aplicación de la Ley 73 de 1988 en materia de transplante, por ejemplo de transplante de córneas e implante de huesos, de manera tal que en el último año más de 9.000 personas

han podido mejorar su calidad de vida gracias a la aplicación de estos procedimientos. Por lo cual, el Ministerio concluye que de declararse inconstitucional la expresión demandada del artículo 2 de la Ley 73 de 1988 se estarían perjudicando los pacientes que actualmente requieren este tipo de procedimientos.

Observa el Ministerio, que en la actualidad los países latinoamericanos, como en el caso de Argentina, han adoptado la presunción legal de donación como un mecanismo que permite disminuir la escasez de tejidos en su territorio.

De conformidad con lo anterior, el Ministerio le solicita a esta Corte la declaración de constitucionalidad de la expresión demandada.

2. Ministerio del Interior y de Justicia

Mediante apoderado especial intervino dentro de este proceso el Ministerio del Interior y de Justicia, con el fin de defender la constitucionalidad de la expresión demandada y solicitar a esta la Corte inhibirse para emitir un pronunciamiento de fondo, por ineptitud de la demanda en el caso de algunos cargos, o declararla exequible en los demás casos, para cuyo efecto expuso los siguientes argumentos:

2.1 Respecto del primer cargo, considera el Ministerio del Interior y de Justicia, que este cargo se origina en una mala interpretación que el actor hace de la normatividad que invoca, por cuanto se fundamenta en la reglamentación que de la Ley 73 de 1988 hacía el Decreto 1172 de 1989, el cual, señala el Ministerio que fue derogado expresamente por el artículo 90 del Decreto 1546 de 1998, que reza: “El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias en especial el Decreto 1172 del 6 de junio de 1989”.

Por consiguiente, observa el Ministerio que no es cierto que el artículo 44 del Decreto 1172 de 1989 sea el que determine, como alega el accionante, el momento a partir del cual se entiende que se está en una “Autopsia Médico Legal” para efectos de determinar la presunción legal de donación de órganos.

Observa igualmente, el Ministerio que a partir del Decreto 1546 de 1998 -art.6-, que también fue derogado expresamente por el artículo 65 de la ley 2493 de 2004, se reemplazó la

expresión autopsia médico-legal, por la palabra técnica adecuada, necropsia, la cual se ha mantenido hasta la actualidad.

En este sentido, señala el Ministerio que el Decreto reglamentario vigente de la ley 73 de 1988 es el Decreto 2493 de 2004, "Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988, en relación con los componentes anatómicos", del cual hace el Ministerio una transcripción y comentario de algunas de sus disposiciones como el artículo 2, 12, 16, 19.

En relación con la definición del consentimiento informado para donación, trasplante o implante y de donante que hace el artículo 2 del Decreto 2493 de 2004, concluye el Ministerio, que se le da la mayor importancia a la voluntad de la persona en vida respecto de si desea o no ser donante de órganos, y sólo de manera subsidiaria, cuando no hay prueba de la voluntad de una persona que ha muerto, la familia entra a ser la titular del derecho a decidir sobre ese particular. En relación con las definiciones de las diferentes clases de donantes y de muerte encefálica que hace el mismo artículo en comento, concluye el Ministerio que la muerte encefálica es un hecho que no se reconoce como tal hasta tanto no se practican los exámenes clínicos idóneos para tal fin, lo cual significa que no es cierto, como parece indicarlo el demandante, que por el simple hecho de que un médico afirme que una persona ha muerto sin la previa práctica de los exámenes ordenados por la ley, pueda ser ipso facto tenido como difunto y donante de órganos por operancia de la presunción legal. Para sustentar su afirmación, el Ministerio realiza un análisis de los exámenes que permiten declarar la muerte encefálica de una persona con efectos legales para el tema de la donación de órganos, a partir del artículo 12 del decreto en mención.

Respecto del artículo 16 del decreto 2493 de 2004 afirma el Ministerio que una de las condiciones legales para la utilización de componentes anatómicos, es la exigencia que se garantice y asegure el proceso de consentimiento informado del donante -que debió hacerlo en vida- o a falta de este último el de su familia.

Con base en el artículo 18 del decreto 2493 de 2004 el Ministerio concluye, que una vez que una persona muere y para que tenga lugar la presunción legal de donación, se exige que se declare la muerte encefálica luego de la práctica de los ya mencionados exámenes clínicos ordenados por la ley. Igualmente sostiene el Ministerio con base en este artículo que una vez

hecha la declaratoria de muerte encefálica y en los casos de que llegue a operar la presunción legal de donación o se exprese la decisión de la familia a favor de la misma, no se procede inmediatamente a retirar los órganos del cadáver, sino que de acuerdo con el artículo 18, antes tienen que practicarse un mínimo de 13 pruebas diferentes, a fin de garantizar la calidad de los órganos y tejidos.

Lo anterior, muestra según el Ministerio, que detrás de las acusaciones formuladas por el demandante contra la norma atacada lo que subyace es una interpretación errónea de la ley fundada en un decreto reglamentario que hace mucho desapareció del ordenamiento jurídico, ya que de acuerdo con el criterio del Ministerio la presunción legal de donación sólo opera una vez se ha expirado el término legal de 6 horas que tiene la familia para decidir sobre la donación de órganos del cadáver del familiar.

En relación con el artículo 19 del Decreto 2493 de 2004, el cual se refiere expresamente al artículo 2 demandado de la Ley 73 de 1988, el Ministerio sostiene que esta disposición actualiza el texto del artículo 2 acusado, sustituyendo la expresión autopsia médico-legal por la de necropsia.

Para el Ministerio todo el problema se origina entonces porque el actor entiende la norma en el sentido de que el término de 6 horas posteriores a la declaración de la muerte encefálica de que habla la ley para que la familia del difunto potestativamente ejerza su derecho de oposición a la presunción legal de donación, pueden verse reducidas a un lapso de tiempo mucho menor o simplemente desaparecer por cuenta de la expresión “o antes de la iniciación de una autopsia médico-legal” demandada y de la interpretación de que dicha expresión hace a la luz de el derogado decreto 1172 de 1989.

En este sentido, para el Ministerio el actor entiende la expresión demandada en el sentido erróneo de que las seis horas que otorga la ley a la familia simplemente desaparecen y tiene lugar la presunción, por el simple hecho de que un médico se presente a ver el cadáver para dar trámite a los exámenes clínicos previos y necesarios para declarar legalmente la muerte encefálica de una persona, o de que un médico legista se presente a observar el cadáver para adelantar la necropsia, dejando así a la familia sin oportunidad real de oponerse a la extracción de órganos y dando lugar de manera automática a la presunción legal de donación.

Considera el Ministerio que el actor da una interpretación tergiversada a la norma por interpretarla con base en una disposición derogada de un antiguo decreto reglamentario sobre la materia –el artículo 44 del Decreto 1172 de 1989-, no dándole un sentido lógico y constitucionalmente adecuado a la misma. Lo que la norma demandada significa para el Ministerio es que “la familia siempre tendrá el término de 6 horas contadas desde la declaración médica de muerte encefálica para declarar su oposición a la presunción legal de donación y que en el eventual caso de que hayan transcurrido las 6 horas que tiene la familia para ejercer su oposición a la ocurrencia de la presunción legal de donación sin que estos lo hicieran, aún pueden hacerlo, extemporáneamente, después del lapso de esas 6 horas, siempre y cuando no se haya dado inicio a la necropsia, que como se verá más adelante, no tiene ocurrencia siempre”

Por consiguiente concluye el Ministerio que no es cierto, que si se inicia la necropsia antes de la expiración del término de 6 horas de que habla la ley, opere inmediatamente la presunción legal de donación, ya que aún así, no se podrá disponer de los órganos del difunto para efectos de donación sino hasta tanto hayan transcurrido las 6 horas de ley sin que la familia se haya opuesto.

En relación al artículo 21 comenta el Ministerio que el decreto establece la facultad de rescate de órganos y procedimientos de trasplante solo a las IPS que tengan habilitados programas de trasplantes y por personal médico perteneciente al programa de trasplantes o al banco de tejidos.

Respecto del artículo 22 del decreto 2493 de 2007 relativo a las necropsias, señala el Ministerio que esta disposición despeja las dudas sobre la interpretación correcta de la expresión acusada, por cuanto exige para la práctica de necropsias médico-legales que exista previa donación o presunción legal de donación, en los términos de este decreto, es decir, luego de expirado el término legal de 6 horas contadas desde el momento en que se declare la muerte encefálica de una persona.

El Ministerio realiza también un análisis del procedimiento de necropsia a la luz del art. 159 y 161 del Decreto 2699 de 1991 o Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, en relación al sistema único de medicina legal y ciencias forenses; el Decreto 0786 de 1990, reglamentario de la Ley 9 de 1989, que regula la necropsia y establece las situaciones en las

cuales debe practicarse la necropsia (homicidio o sospecha de homicidio, suicidio o sospecha de suicidio, para distinguir entre homicidio y suicidio, muerte accidental o sospecha de la misma, otras muertes en las cuales no existe claridad sobre su causa). pudiendo también realizarse la necropsia clínica por parte del mismo centro asistencial donde se haya dado la muerte del paciente, por parte de los médicos de dicha institución para esclarecer las causas de la muerte y aportar información para la certificación de defunción.

En este sentido, señala el Ministerio que el artículo 15 del Decreto 0786 de 1990 establece que en el caso de la necropsia clínica donde se lleguen a practicar la extracción de órganos o componentes anatómicos con fines de docencia o investigación, el médico tratante deberá obtener permiso de los familiares o deudos responsables.

También se refiere el autor a la justificación moral de dicha socialización de órganos. Considera que no es necesario acudir al derecho de expropiación del Estado, sino al principio de solidaridad social ante unos órganos que ya no son de utilidad al individuo. En este sentido, los fallecidos, aunque estén privados de su subjetividad, pueden constituir una fuente particular de bienes para otras personas. Incluso plantea el autor que los órganos del cadáver obtenidos de una comunidad son propiedad de ésta, como lo estipulan implícitamente las leyes de presunción.

A pesar de esto se afirma que no se niega totalmente la capacidad de decisión de los familiares sobre el cadáver de un ser querido, pero que tal derecho no puede ser absolutizado y debe ceder ante el derecho a recuperar la salud de otros miembros de la sociedad. Afirma, que una vez diagnosticada la muerte, no se realiza ningún atentado contra la vida y la integridad esencial de la persona, ni se lesiona ningún derecho, interviniendo sobre su cadáver, ya que ha dejado de ser. Tampoco puede argüirse de acuerdo con este autor la inviolabilidad inherente de los cadáveres, lo cual no desconoce el respeto hacia éstos.

2.3 En relación a los cargos segundo, tercero, cuarto por violación del artículo 19, 16, 15 de la Constitución Nacional y el que el Ministerio considera cargo sexto relativo a la conclusión del actor en el sentido que la expresión acusada, pretende en apariencia desarrollar el derecho a la libertad de conciencia y el de la intimidad familiar pero que en realidad los hace nulos, presenta el Ministerio de Justicia y del Derecho los siguientes argumentos.

El Ministerio considera que el fundamento básico de la demanda se encuentra en el primer cargo respecto a la libertad de conciencia, cargo frente al cual ya presentó su oposición. Sin embargo, para dar una respuesta frente a los otros cargos recurre en primer término a la jurisprudencia de la Corte, citando las sentencias C-616/97, T-602/96 y T-1033/01 respecto del derecho de libertad religiosa y de cultos, la sentencia T-332/04 respecto a la libertad de conciencia, y la sentencia T-532/92, T-067/98 en relación al libre desarrollo de la personalidad.

El Ministerio concluye que no encuentra fundamento alguno a la acusación de que la expresión acusada del artículo 2 de la Ley 73 de 1988 vulnera la libertad de conciencia, ni la de cultos, ni el libre desarrollo de la personalidad, ni el derecho a la intimidad, por cuanto en ninguna forma la norma arremete contra el núcleo fundamental de dichos derechos y libertades, sino que por el contrario la norma lo que hace es armonizar y equilibrar el derecho que tiene la familia de la persona que murió sin manifestar su voluntad expresa respecto de la donación de órganos, de oponerse a ésta evitando que se de lugar a la presunción legal de donación.

Por tanto, considera que los cargos contra la expresión demandada surgen de la mala interpretación de la misma, con base en el derogado decreto reglamentario 1172 de 1989. Reitera el Ministerio que la norma acusada no puede ser entendida en la forma en que lo hace el actor, esto es, entendiendo que la misma hace desaparecer el término de 6 horas concedido a la familia para que exprese su oposición a la extracción de órganos o componentes anatómicos, contados a partir de la muerte encefálica de la persona, y afirma, que “si bien la redacción de la disposición permite que se interprete en tal sentido, que no es el correcto, también puede y debe ser entendida en el sentido de que la expresión específicamente demandada lo que implica en el contexto del artículo 2 de la Ley 73 de 1988 es que la ocurrencia de la presunción legal de donación de órganos puede ser detenida por cuenta del ejercicio oportuno del derecho de oposición de la familia del difunto dentro de las 6 horas contadas a partir de la declaración de muerte encefálica de su ser querido, o incluso, luego de transcurridas esas 6 horas siempre que no se haya dado inicio al procedimiento de la necropsia”.

En este sentido, afirma el Ministerio que no es cierto que “si por alguna razón se inicia la necropsia antes de la expiración del término legal de 6 horas posteriores a la declaración de

muerte encefálica que tiene la familia para oponerse a la presunción legal de donación de órganos, se concrete por ese sólo hecho la presunción de marras”. Según el Ministerio, aún en este último caso, el médico legista que debe practicar el procedimiento de la necropsia, así como las IPS no tienen “salvaguarda legal” alguna para extraer con fines de donación órganos o tejidos de un cadáver, además por cuanto el decreto reglamentario vigente de la Ley 73 de 1988 es claro en regular todos y cada uno de los procedimientos necesarios para que puedan extraerse órganos de cadáveres con fines de donación.

Por consiguiente, concluye el Ministerio, que “(s)iempre que el occiso en vida no haya expresado su voluntad expresa de ser donante de órganos sin importar cuál era su credo, la familia del mismo, de acuerdo con la interpretación constitucionalmente viable de la norma y la expresión específica de ella atacada, tiene un término de 6 horas posteriores a la declaración de muerte encefálica para ejercer su derecho de oponerse a la presunción legal de donación de acuerdo a sus creencias religiosas”. Adicionalmente, concluye el Ministerio, que contrario a lo que supone el actor, lo que “la expresión atacada abre la posibilidad para que posteriormente al vencimiento del término de las 6 horas, si no se ha iniciado la necropsia del cadáver -en los casos en que esta es necesaria- la familia aún podrá ejercer el derecho de oposición a la presunción legal de donación de órganos”.

Por lo anterior, en criterio del Ministerio, los cargos segundo, tercero, cuarto y sexto del demandante son deducciones subjetivas del accionante y se derivan de errados razonamientos.

2.4 En relación con el quinto cargo del actor en el cual afirma que la norma acusada es violatoria del artículo 101 de la Constitución Política, por cuanto dicha norma no reconoce derechos al Estado sobre los cuerpos sin vida de sus ciudadanos, replica el Ministerio que evidentemente la Constitución no da al Estado la propiedad sobre los cadáveres de sus asociados, pero que igualmente, la norma acusada no está dando, como lo supone el actor, el derecho de propiedad al Estado sobre los mismos.

Para ello cita nuevamente el Ministerio apartes mencionados de la obra “10 palabras clave en Bioética” en donde se sostiene que la propiedad de los órganos de cadáver obtenidos en una comunidad son propiedad de ésta y que en virtud de la presunción legal de donación los órganos de un cadáver son un bien social, ya no pertenecen al interesado, ni a la familia, sino

que son un bien común, un bien donado por la comunidad a la misma comunidad. Así mismo cita el Ministerio la sentencia T-162/94 respecto al derecho sobre el cadáver.

Con fundamento en todo lo anterior, solicita el Ministerio de manera general a la Corte inhibirse para emitir un pronunciamiento de fondo, por ineptitud de la demanda en el caso de algunos cargos, sin especificar en concreto respecto de cuáles cargos la Corte debe declararse inhibida; o declararlas exequibles en los demás casos, sin especificar el Ministerio respecto de qué casos.

3. Academia Colombia de Jurisprudencia

El doctor Hernán Alejandro Olano García, en calidad de comisionado de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, aportó a este expediente escrito mediante el cual allegó una serie de artículos técnicos y científicos relacionados sobre la donación de órganos, su trasplante y la muerte cerebral, por considerar que todos estos conceptos son de raigambre médica. La lista de los artículos allegados en la siguiente:

Eslava Gómez, Euclides. Controversias sobre la Muerte Cerebral. En: Persona y Bioética # 6, febrero - mayo de 1999, págs. 43-55.

Sarmiento Median, Pedro José. La Bioética de los Transplantes de órganos. En: Persona y Bioética #9-10, enero -agosto de 2000, págs. 115-132.

Cervós Navarro, Jordi. Muerte Cerebral. En: Persona y Bioética #11, septiembre-diciembre de 2000, págs. 9.

Eslava Gómez, Euclides. Bioética de los Transplantes. En: Persona y Bioética # 15, enero-abril de 2000, págs. 39-56.

Cecchetto, Sergio. Identidad personal y trasplante de órganos. En: Persona y Bioética #17, septiembre-diciembre de 2002, págs. 12 a 23.

Pfeiffer, María Luisa. El trasplante de órganos: Valores y Derechos Humanos. En: Persona y Bioética #27, julio-diciembre de 2006, págs. 8 a 25.

La Academia Colombiana de Jurisprudencia sostiene que no debe prosperar la pretensión de

inconstitucionalidad de la expresión demandada del artículo 2º de la Ley 73 de 1988, ya que la norma que se acusa se acomoda a su juicio a los dictados de la Carta Política y no encuentra que vulnere los artículos 1, 2, 4, 15, 16, 18, 19, 42, 101 del Estatuto Superior.

4. Universidad Popular del Cesar

El decano de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Popular del Cesar, rindió opinión en este proceso de constitucionalidad, solicitando la inexecutable de la expresión acusada del artículo 2º de la Ley 73 de 1988.

El argumento central de la Universidad Popular del Cesar se refiere a la libertad individual como manifestación de la dignidad humana como valor superior que le da legitimidad al derecho y a toda la formación social. En este sentido, sostiene la universidad que a partir del racionalismo moderno ya no existe una supremacía de lo social frente al individuo, sino que es el individuo en su dignidad, con su autonomía y libertad, el que se considera anterior a lo social y le otorga fundamento a la formación social y que por tanto el derecho se justifica, o es legítimo, en la medida en que se fundamente en el libre consentimiento de los individuos.

Por consiguiente, de lo anterior se concluye que el Estado no puede franquear unos espacios de la autonomía individual porque al hacerlo vulnera derechos como la libertad y por tanto erosiona el principio de dignidad humana. El Estado puede regular las relaciones entre las personas, pero no puede reglar las forma en que el individuo se comporte consigo mismo, en la medida en que su conducta no invada el espacio de acción de otras personas, ya que si lo hace afecta el núcleo de legitimidad del ordenamiento jurídico mismo, que no es otro que el reconocimiento de la libertad, la autonomía y el libre consentimiento de la persona humana, como manifestaciones de la dignidad.

En este sentido, afirma la universidad popular del Cesar que el Estado colombiano, como estado social -art.1 CN-, reconoce en el individuo con su innata dignidad, el pilar fundamental sobre el cual descansa, y recoge en el artículo 16 de la norma fundamental la cláusula general de libertad, estableciéndose el libre desarrollo de la personalidad. Así mismo, sostiene que el poder legislativo solo puede limitar el principio de libertad individual, de acuerdo con reglas que no riñan con el espíritu de la Constitución de 1991, al desconocer el libre consentimiento y la autonomía del individuo sobre las cuales esta se funda.

En opinión de la Universidad Popular del Cesar, normas como la que se demanda en esta ocasión “constituyen una limitación del principio de libertad” que no deben aceptarse solo por el hecho de estar incluidas en el orden jurídico, ya que de aceptarse esta clase de limitación se estaría aceptando que “en el orden jurídico existan normas que desconocen que toda formación social para que se repute legítima debe partir del reconocimiento de la libertad individual”, por lo cual la expresión acusada amerita la declaración de inexecutable.

Esto es así, por cuanto en criterio de la universidad, en la norma demandada se consagra un espacio de tiempo excesivamente corto, como es el de la “iniciación de una autopsia médico legal” para que los familiares del fallecido ejerzan su autonomía manifestando su decisión u oposición a que del cuerpo de su pariente se extraigan órganos o componentes anatómicos, para evitar que se estructure la presunción legal de donación, lo cual constituye una violación del principio de libertad que consagra el artículo 16 de la Constitución Política de 1991. En efecto, la libertad de conciencia de los familiares de una persona fallecida se vería conculcada en el escenario en que luego de la muerte cerebral de esta última el médico determinara practicar la autopsia y decidiera la extracción y donación de órganos.

De conformidad con estos argumentos, la universidad considera que el Tribunal Constitucional debe declarar la inexecutable de la expresión acusada del artículo 2 de la Ley 73 de 1988.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El señor Procurador General de la Nación, mediante concepto No. 4338 del 4 de julio de 2007, solicita a esta Corte “(d)ecларar la executable de la expresión “o antes de la iniciación de una autopsia médico-legal”, contenida en el artículo 2º de la Ley 73 de 1988”, con fundamento en las siguientes razones:

1. En primer término, el señor Procurador General de la Nación considera que las políticas sobre donación de órganos deben armonizar los principios de libertad, pluralismo y solidaridad y el de primacía del interés general.

Señala el Señor Procurador que en este caso no es necesario analizar la constitucionalidad de la donación de órganos, ni de la presunción legal de donación consagrada en la ley, ni del

plazo de 6 horas después de la muerte cerebral para que opere tal presunción, ya que el demandante no discute tal constitucionalidad, sino sólo la de la expresión demandada que en concepto del actor anula el derecho de los familiares a oponerse a la donación dentro del plazo concedido por la ley.

Considera el Ministerio Público conveniente señalar que existe una preocupante falta de información a los ciudadanos, relacionada con la donación de órganos, lo cual tiene un doble efecto negativo. De un lado, no promueve la cultura voluntaria y consciente de la donación de órganos o componentes anatómicos como expresión de solidaridad, altruismo y bienestar de la sociedad. De otra parte, tampoco garantiza a los ciudadanos su derecho a oponerse a tal donación, pues gran parte de la población desconoce la existencia de la presunción legal que consagra la disposición acusada.

Lo anterior es importante, según la Procuraduría, por cuanto tanto la donación como la oposición a ésta deben operar con base en el principio del consentimiento informado de la persona para disponer de su cuerpo en vida y después de su muerte, así como del cuerpo de sus parientes fallecidos cuando éstos no hayan manifestado su voluntad, de conformidad con el parágrafo del artículo 3º y el artículo 5º de la Ley 73 de 1988 que consagran la prevalencia de la voluntad del donante y el orden de prelación en relación con la autorización de la donación o la oposición a la misma por parte de los familiares, así como el parágrafo del artículo 540 de la Ley 09 de 1979 que consagra el requisito del consentimiento del donante, del receptor, de los deudos, o el abandono del cadáver o presunción legal de donación para que se proceda a la utilización de los órganos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos de que trata el mismo artículo.

Observa el Ministerio Público que la Ley 73 de 1988 y sus decretos reglamentarios, señalan que el donante puede manifestar su deseos a través de instrumento notarial, documento privado o con la obtención de su carné de donante, de conformidad con el Decreto 2493 de 2004, sin embargo, estas disposiciones no señalan cómo puede la persona manifestar su oposición. Así mismo, señala la Procuraduría que la normatividad que regula la materia incluye la promoción de la donación pero no se incluye igualmente la información sobre el derecho a la oposición y sobre la existencia de la presunción legal.

Considera el señor Procurador General que el legislador colombiano tomó una posición que

pretende armonizar diversos principios constitucionales. En primer lugar, a juicio del Ministerio Público la visión de la ley parte de privilegiar el respeto de la voluntad de la persona sobre su cuerpo tanto en vida como después de su muerte, lo cual se deriva de su dignidad y libertad. En segundo lugar, la ley de manera subsidiaria, permite la oposición de los familiares. En tercer lugar, también con carácter subsidiario, en atención al principio de solidaridad y a la prevalencia del interés general, establece la presunción de donación. Posición ésta que la Procuraduría considera adecuada, en cuanto consagra una disposición con fundamento en el principio de solidaridad pero respetando las diferentes cosmovisiones a que tienen derecho las personas en relación con su cuerpo y cita para ello la sentencia C-810 de 2003, en donde se garantiza el respeto del pluralismo frente al tema de la promoción obligatoria de la donación de órganos en establecimientos educativos.

2. En segundo lugar, realiza el señor Procurador General de la Nación un análisis respecto de la presunción legal de donación de componentes anatómicos.

A este respecto, señala el Ministerio Público que el principio de la donación es el del “consentimiento informado”, y una vez que el Estado garantice este derecho a informarse y decidir, debe el legislador prever “qué ocurre en caso de silencio de los legitimados para expresar ese consentimiento”, y con fundamento en el principio de solidaridad -art. 1 CN-, en el carácter de bien de interés público que tiene la salud y a la obligación de garantizar la eficiencia de este servicio público, debe el legislador regular la posibilidad de rescatar o extraer órganos de las personas fallecidas, esto es, debe operar la presunción de donación, “con el fin de proteger de manera efectiva el derecho a la salud de personas que esperan en la lista de receptores potenciales y cuya calidad de vida depende de estas donaciones”.

En concepto del Ministerio Público, la disposición de los cadáveres tiene incidencia en la salubridad pública y por esta razón, el legislador puede a través de normas de orden público regular la disposición, inhumación y exhumación, así como los derechos de las personas y de los familiares sobre el mismo. Sin embargo, considera el Procurador, que esta facultad de regulación no se deriva de un derecho de propiedad estatal -sentencia T-162 de 1994-, como lo entiende erróneamente el demandante, sino, de la observancia de principios y el cumplimiento de obligaciones constitucionales. Así mismo, la Vista Fiscal señala, que la regulación legal en esta materia responde a los parámetros de la bioética y de las disposiciones que existen en el derecho comparado y en el derecho internacional de

naciones democrático-liberales.

De otra parte, la Vista Fiscal señala que al ser la donación de órganos un acto expreso o presunto de solidaridad con fines humanitarios, esto mismo contraría la idea de ánimo de lucro y de compensaciones derivadas de ella, como lo establece la misma ley 73 de 1988 en su artículo 7.

3. En tercer lugar, la Vista Fiscal sostiene que el artículo 2º de la Ley 73 de 1988 no anula el plazo que concede la misma Ley para que los deudos se opongan a la donación de órganos de la persona fallecida.

En este sentido, considera el Ministerio Público que en cuanto la Constitución Nacional no establece una norma específica, el legislador tiene la facultad de regular la materia con un amplio margen de libertad configurativa, teniendo en cuenta para ello la protección y armonización de los principios constitucionales, en particular los de la libertad, solidaridad, interés general y protección de la salud pública.

En criterio del Procurador, la demanda más que un asunto de fondo, presenta un problema de interpretación, por lo cual considera conveniente realizar algunas precisiones lógicas.

Observa que el conector “o” puede cumplir tanto funciones disyuntivas como conjuntivas. En el lenguaje lógico, puede actuar como disyunción en sus dos modalidades: la disyunción rigurosa, llamada también excluyente o fuerte. En este caso la proposición sólo es verdadera, si una sola de las dos posibilidades es verdadera. Pero también puede operar este conector como disyunción débil, incluyente, caso en el cual la proposición puede ser verdadera cuando se cumplen las dos condiciones o una de ellas y sólo es falsa cuando las dos son falsas.

De otra parte, sostiene el Procurador, que en el lenguaje común la “o” es un conector que relaciona dos o más posibilidades de múltiples maneras: alternativas excluyentes, alternativas no excluyentes, alternativa obligada, como valor aproximativo entre dos cifras, sucesión enunciativa, indiferenciada o intercambiable, explicativa o aclarativa, concesiva, conjuntiva, dependientes o independientes.

Afirma la Vista Fiscal, que “la disposición bajo estudio contiene una proposición, según la cual, la presunción legal de donación opera cuando la persona no haya manifestado su

oposición en vida, a menos que, los deudos acrediten su condición de tales y expresen su oposición a tal donación. Para ejercer este derecho se establece un plazo y una condición, relacionados por el conector “o”: así la presunción legal de donación tendrá lugar “dentro de las seis (6) horas siguientes a la ocurrencia de la muerte cerebral o antes de la iniciación de una autopsia médico-legal”

Observa el Procurador, que es un principio de hermenéutica jurídica el que el intérprete deba seguir la presentación sintáctica del texto y escoger el sentido de la disposición que produzca efectos, excluyendo los sentidos que anulen los efectos de la misma.

En criterio del Ministerio Público, el demandante plantea que la presunción de donación de que trata el artículo 2º de la Ley 73 de 1988 opera indistintamente ante la ocurrencia de cualquiera de los dos eventos contemplados en la disposición independientemente asumidos, interpretación que en concepto del Procurador, anularía los efectos de la misma disposición, por cuanto, “de bastar con el cumplimiento del plazo para que operara la presunción legal, sería inútil introducir la condición y si bastara con el cumplimiento de la condición, sería ineficaz la consagración del plazo”.

En este sentido, considera la Vista Fiscal que, en forma contraria a lo que sostiene el demandante, que la expresión demandada en lugar de anular el plazo establecido por la ley, lo extiende hasta antes de la realización de la autopsia.

Por consiguiente, concluye el Ministerio Público que “antes de que cumplan las seis horas de ocurrida la muerte cerebral, no podrá hacerse el rescate de los órganos a menos que se tenga la autorización de los deudos. Y, una vez cumplido el plazo, los deudos aún podrán oponerse a la donación hasta tanto no se haya iniciado la autopsia médico-legal”. (subraya en original)

Con fundamento en lo anterior, el Señor Procurador General de la Nación solicita la declaratoria simple de exequibilidad de la expresión acusada del artículo 2º de la Ley 73 de 1988, por los cargos presentados en la demanda.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 241 numeral 4º de la Constitución Política, esta Corte es competente para conocer y decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia puesto que la disposición demandada forma parte de una Ley de la República.

2. El asunto bajo revisión

La demanda de inconstitucionalidad presentada dentro del presente proceso, se dirige 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 es violatoria de los artículos 1º, 2 inciso segundo, 15 inciso primero, 16, 18, 19, 42 inciso segundo, 101 incisos tercero y cuarto de la Constitución Nacional, por cuanto, según el actor esta expresión 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, vulnerando de este modo la libertad de conciencia, la libertad de cultos, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la intimidad personal y familiar, derechos todos consagrados por la Constitución Nacional, así como el artículo 101 de la Constitución Política en cuanto el Estado colombiano no es el propietario de los cadáveres.

En sus conceptos, tanto el Ministerio de la Protección Social, el Ministerio de Justicia y del Derecho, como la Academia Colombiana de Jurisprudencia, coinciden en defender la constitucionalidad de la norma demandada.

Para estas entidades, el artículo acusado no es contrario a la Constitución Nacional. Así el Ministerio de la Protección Social solicita la declaración de constitucionalidad de la expresión demandada por cuanto considera que el demandante hace una interpretación errónea de los preceptos constitucionales desconociendo los principios valores y derechos de solidaridad, interés general, la vida, la salud, entre otros, consagrados en la Constitución Nacional. Opina el Ministerio de la Protección Social, que por el contrario esta disposición relativa a la presunción legal de donación de órganos de la Ley 73 de 1988 contribuye a hacer efectivo el Estado Social de Derecho y los fines que se persiguen en él. No encuentra vulnerados ni el

derecho de conciencia, ni el de libertad de cultos, ni mucho menos el de libre desarrollo de la personalidad que considera un derecho personalísimo, y así mismo opina que no puede afirmarse que el cuerpo del individuo luego de su fallecimiento constituya un bien objeto de apropiación por parte de los deudos, de la sociedad o del Estado, pero que no obstante, precisamente por esa calidad jurídica del cadáver corresponde al Estado regular el destino final de éstos mediante la figura de la presunción legal de donación a falta de la voluntad expresa en vida del fallecido o de sus familiares luego de fallecida la persona.

Por su parte, el Ministerio del Interior y de Justicia solicita a la Corte inhibirse para emitir un pronunciamiento de fondo por ineptitud de la demanda, o declararla exequible. El Ministerio del Interior y de Justicia sostiene que el primer cargo del actor respecto de la violación al derecho de conciencia, se origina en una errónea interpretación del actor, en el sentido de que el término de 6 horas posteriores a la declaración de la muerte encefálica de que habla el artículo 2 de la ley 73 de 1988 para que la familia del difunto pueda ejercer su derecho de oposición a la presunción legal de donación, pueden verse reducidas a un lapso de tiempo mucho menor o simplemente desaparecer por cuenta de la expresión “o antes de la iniciación de una autopsia médico-legal”, por cuenta de la interpretación que de dicha expresión hace el actor con base en el Decreto 1172 de 1989, cuyo artículo 44 determinaba el momento a partir del cual inicia una autopsia médico-legal, decreto que, señala el Ministerio, fue derogado expresamente por el artículo 90 del Decreto 1546 de 1998. Así mismo, señala el Ministerio que desde la vigencia del Decreto 1546 de 1998 -art.6-, que también fue derogado expresamente por el artículo 65 de la ley 2493 de 2004, se reemplazó la expresión autopsia médico-legal, por la palabra técnica necropsia.

En este sentido, señala el Ministerio que el Decreto reglamentario vigente de la ley 73 de 1988 es el Decreto 2493 de 2004, a partir de cuyas disposiciones reglamentarias interpreta la expresión demandada del artículo 2 de la Ley 73 de 1988 para concluir que esta expresión no restringe el plazo concedido a los familiares para oponerse a la extracción de órganos o componentes anatómicos del cuerpo sin vida de un familiar, por cuanto se requiere la declaratoria de la muerte encefálica, para cuya declaración se requiere además la realización de una serie de exámenes y pruebas, y que en todo caso la presunción legal de donación sólo opera una vez ha expirado el término legal de 6 horas concedido por la ley a los

familiares para que se opongan a la donación de órganos, y por tanto concluye el Ministerio que dicha disposición se ajusta plenamente a la Constitución.

El Ministerio de Justicia y del Derecho sostiene que, en forma contraria a lo que cree el actor, la expresión demandada implica que la familia siempre y en todo caso tendrá el término de 6 horas contadas desde la declaración médica de muerte encefálica para declarar su oposición a la presunción legal de donación y que en el eventual caso de que haya transcurrido el término legal de las 6 horas y si aún no ha dado inicio a la necropsia, la familia aún podrá oponerse de manera extemporánea, siempre y cuando no se haya dado inicio a la necropsia, que adicionalmente no se lleva a cabo siempre. Interpretación de la expresión demandada que coincide con el concepto del Señor Procurador General.

Por consiguiente, concluye el Ministerio que no es cierto, que si se inicia la necropsia antes de la expiración del término de 6 horas de que habla la ley, opere inmediatamente la presunción legal de donación, ya que aún así, no se podrá disponer de los órganos del difunto para efectos de donación sino hasta tanto hayan transcurrido las 6 horas de ley sin que la familia se haya opuesto. Agrega el Ministerio, que además el artículo 22 del decreto 2493 de 2004 relativo a las necropsias, exige para la práctica de necropsias médico-legales que exista previa donación o presunción legal de donación, en los términos de este decreto, es decir, luego de expirado el término legal de 6 horas contadas desde el momento en que se declare la muerte encefálica de una persona.

En relación con los cargos por violación de los artículos 19, 16, 15 de la Constitución Nacional, considera el Ministerio que no encuentra fundamento alguno a la acusación de que la expresión acusada del artículo 2 de la Ley 73 de 1988 vulnera la libertad de conciencia, ni la de cultos, ni el libre desarrollo de la personalidad, ni el derecho a la intimidad, por cuanto en ninguna forma la norma arremete contra el núcleo fundamental de dichos derechos y libertades, sino que por el contrario la norma lo que hace es armonizar y equilibrar el derecho que tiene la familia de la persona que murió sin manifestar su voluntad expresa respecto de la donación de órganos, de oponerse a ésta evitando que se de lugar a la presunción legal de donación. Reiterando por tanto, que los cargos contra la expresión demandada surgen de la incorrecta interpretación de la misma, con base en el derogado decreto reglamentario 1172 de 1989, concluyendo que lo que hace la disposición atacada es alargar el plazo para que los familiares se opongan en vez de restringirlo. Por lo anterior, en criterio del Ministerio, los

cargos segundo, tercero, cuarto y sexto del demandante son deducciones subjetivas del accionante y se derivan de errados razonamientos.

Finalmente, considera el Ministerio de Justicia y del Derecho, respecto del quinto cargo del actor en el cual afirma que la norma acusada es violatoria del artículo 101 de la Constitución Política, por cuanto dicha norma no reconoce derechos al Estado sobre los cuerpos sin vida de sus ciudadanos, replica el Ministerio que evidentemente la Constitución no da al Estado la propiedad sobre los cadáveres de sus asociados, pero que igualmente, la norma acusada no está dando, como lo supone el actor, el derecho de propiedad al Estado sobre los mismos.

Con fundamento en todo lo anterior, solicita el Ministerio de manera general a la Corte inhibirse para emitir un pronunciamiento de fondo, por ineptitud de la demanda, o en su defecto declarar exequible la expresión demandada.

En el mismo sentido, la Academia Colombiana de Jurisprudencia sostiene que no debe prosperar la pretensión de inconstitucionalidad de la expresión demandada del artículo 2º de la Ley 73 de 1988, ya que la norma que se acusa se acomoda a su juicio a los dictados de la Carta Política y no encuentra que vulnere los artículos 1, 2, 4, 15, 16, 18, 19, 42, 101 del Estatuto Superior.

En forma contraria, la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Popular del Cesar, solicita a la Corte la declaración de inexecutable de la expresión acusada del artículo 2º de la Ley 73 de 1988, en cuanto considera que la expresión demandada vulnera la cláusula general de libertad, pilar fundamental del Estado liberal y democrático de derecho, de donde se derivan la libertad de conciencia, de cultos y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, así como el principio de la dignidad humana, y que por tanto, el Estado no puede franquear los espacios propios de la autonomía individual porque al hacerlo vulnera derechos como la libertad y erosiona el principio de dignidad humana.

En opinión de la Universidad Popular del Cesar, normas como la que se demanda “constituyen una limitación del principio de libertad” que no deben aceptarse solo por el hecho de estar incluidas en el orden jurídico, por cuanto en criterio de la universidad, en la

norma demandada se consagra un espacio de tiempo excesivamente corto, como es el de la "iniciación de una autopsia médico legal" para que los familiares del fallecido ejerzan su autonomía manifestando su decisión u oposición a que del cuerpo de su pariente se extraigan órganos o componentes anatómicos, para evitar que se estructure la presunción legal de donación, lo cual constituye una violación del principio de libertad que consagra el artículo 16 de la Constitución Política de 1991. De esta manera, la libertad de conciencia de los familiares de una persona fallecida se vería conculcada en el escenario en que luego de la muerte cerebral de esta última el médico determinara practicar la autopsia y decidiera la extracción y donación de órganos.

En segundo lugar, observa la Vista Fiscal su preocupación por la falta de información respecto de la donación de órganos ya que considera que tanto la donación como la oposición a ésta deben operar con base en el principio del consentimiento informado de la persona para disponer de su cuerpo en vida y después de su muerte, así como del cuerpo de sus parientes fallecidos cuando éstos no hayan manifestado su voluntad.

En tercer lugar, considera el Señor Procurador General que la ley sobre donación armoniza los principios de libertad, pluralismo y solidaridad y el de primacía del interés general, armonizando estos diversos principios constitucionales. En primer lugar, a juicio del Ministerio Público la visión de la ley parte de privilegiar el respeto de la voluntad de la persona sobre su cuerpo tanto en vida como después de su muerte, lo cual se deriva de su dignidad y libertad. En segundo lugar, la ley de manera subsidiaria, permite la oposición de los familiares. En tercer lugar, también con carácter subsidiario, en atención al principio de solidaridad y a la prevalencia del interés general, establece la presunción de donación. Posición ésta que la Procuraduría considera adecuada, en cuanto consagra una disposición con fundamento en el principio de solidaridad pero respetando las diferentes cosmovisiones a que tienen derecho las personas en relación con su cuerpo.

En cuarto lugar, realiza el señor Procurador General de la Nación un análisis respecto de la presunción legal de donación de componentes anatómicos, encontrándola ajustada a las normas de orden público, de salubridad pública, al interés general y a las disposiciones de las sociedades democráticas y liberales.

Respecto del artículo 2º de la Ley 73 de 1988 sostiene el Procurador que la expresión

demandada de esta norma no anula el plazo que concede la misma ley para que los deudos se opongan a la donación de órganos de la persona fallecida, sino que por el contrario la alarga. En este sentido, considera el Procurador que la demanda más que un asunto de fondo, presenta un problema de interpretación.

Observa que el conector “o” puede cumplir tanto funciones disyuntivas como conjuntivas. En el lenguaje lógico, puede actuar como disyunción en sus dos modalidades: la disyunción rigurosa, llamada también excluyente o fuerte. En este caso la proposición sólo es verdadera, si una sola de las dos posibilidades es verdadera. Pero también puede operar este conector como disyunción débil, incluyente, caso en el cual la proposición puede ser verdadera cuando se cumplen las dos condiciones o una de ellas y sólo es falsa cuando las dos son falsas.

Según la Vista Fiscal, la disposición demandada contiene una proposición, según la cual, la presunción legal de donación opera cuando la persona no haya manifestado su oposición en vida, a menos que, los deudos acrediten su condición de tales y expresen su oposición a tal donación. Para ejercer este derecho se establece un plazo y una condición, relacionados por el conector “o”: así la presunción legal de donación tendrá lugar “dentro de las seis (6) horas siguientes a la ocurrencia de la muerte cerebral o antes de la iniciación de una autopsia médico-legal”

En criterio del Ministerio Público, no es correcta la interpretación del demandante según la cual la presunción de donación de que trata el artículo 2º de la Ley 73 de 1988 opera indistintamente ante la ocurrencia de cualquiera de los dos eventos contemplados en la disposición independientemente asumidos, por cuanto esta interpretación anularía los efectos de la misma disposición, por cuanto, de bastar con el cumplimiento del plazo para que operara la presunción legal, sería inútil introducir la condición y si bastara con el cumplimiento de la condición, sería ineficaz la consagración del plazo.

Por tanto, para el Ministerio Público, los familiares del fallecido tienen derecho a oponerse en dos oportunidades, que no son necesariamente excluyentes, dentro de las seis horas siguientes a la ocurrencia de la muerte cerebral o, en todo caso, antes de la iniciación de la autopsia médico legal. Por consiguiente, según la Vista Fiscal y en forma contraria a lo que sostiene el demandante, la expresión demandada extiende el plazo establecido por la ley para que opere la presunción legal de donación de órganos hasta antes de la realización de

la autopsia y no lo restringe.

En este sentido, concluye el Ministerio Público que en todo caso no podrá hacerse la extracción de órganos o componentes anatómicos antes de que se cumplan las seis horas de ocurrida la muerte cerebral, a menos que se tenga la autorización de los deudos, y que de todas formas, una vez cumplido el plazo de las seis horas, los deudos aún podrán oponerse a la donación hasta tanto no se haya iniciado la autopsia médico-legal.

Por dicha razón, el Señor Procurador General de la Nación solicita la declaratoria simple de exequibilidad de la expresión acusada del artículo 2º de la Ley 73 de 1988, por los cargos presentados en la demanda.

3. El problema jurídico

Corresponde a la Corte resolver si la norma demandada viola los artículos 1º, 2º inciso segundo, 15 inciso primero, 16, 18, 19, 42 inciso segundo, 101 incisos tercero y cuarto de la Constitución Nacional, por vulnerar tanto la cláusula general de libertad, como el derecho a la libertad de conciencia, de cultos, el libre desarrollo de la personalidad, y el derecho a la intimidad personal y familiar que se derivan de ella, así como el artículo 101 Superior en cuanto el Estado estaría ejerciendo un derecho de propiedad sobre los cadáveres, ya que si bien la ley le concede el derecho a los familiares de oponerse a la configuración de la presunción legal de donación de órganos dentro del plazo establecido por la misma ley para ello, la expresión demandada restringiría el plazo que otorga la ley para que los familiares puedan ejercer este derecho.

Evidencia la Corte que en este caso no se está impugnando el concepto de la donación de órganos como tal, ni tampoco la figura de la presunción legal de donación de órganos, sino tan sólo la condición impuesta por la ley para que dicha presunción se configure, esto es, el que la presunción legal operaría cuando se dé inicio a la autopsia médico legal o necropsia, condición que de acuerdo con la demanda, anularía en la práctica el derecho de las personas a oponerse a la extracción de órganos o componentes anatómicos del cadáver de un familiar fallecido.

En aras de resolver el problema jurídico que se plantea en este caso la Corte se referirá (i) en primer término a consideraciones generales respecto de los problemas ético-jurídicos y ético-médicos que plantea la donación de órganos post-mortem; (ii) en segundo lugar abordará la Corte el problema del consentimiento en la donación y especialmente para la configuración de la presunción legal de donación de órganos o consentimiento presunto en relación con el papel de la autorización u oposición de los familiares; (iii) en tercer lugar, desarrollará esta Corporación un análisis acerca del derecho de los familiares de una persona fallecida a decidir sobre el cadáver de ésta última y el fundamento constitucional de este derecho en la libertad de conciencia, de religión y de cultos; (iv) en cuarto lugar, analizará la Corte la prevalencia del principio general de libertad y la conciliación de los derechos de libertad y el principio de solidaridad, junto con el papel del Estado liberal y democrático de Derecho frente al tema de la donación; (v) finalmente, pasará la Corte a estudiar la constitucionalidad de la expresión demandada del artículo 2 de la Ley 73 de 1988.

4. CONSIDERACIONES GENERALES RESPECTO DE ALGUNOS DE LOS PROBLEMAS ÉTICO-JURÍDICOS Y ÉTICO-MÉDICOS DE LA DONACIÓN DE ÓRGANOS POST-MORTEM.

En primer término, la Corte considera necesario mencionar de manera preliminar, algunos planteamientos generales en relación con el debate contemporáneo acerca de los aspectos y problemas más relevantes respecto de la donación de órganos y componentes anatómicos, en aras de mostrar la complejidad de este tema y la pluralidad de criterios y posturas tanto ideológicas como jurídicas frente a él, especialmente en lo que se refiere a la donación de órganos cadavéricos o donación post-mortem.

En este orden de ideas, la Corte evidencia que el tema de la donación de órganos después de la muerte conlleva importantes implicaciones y consecuencias tanto jurídicas como filosóficas, científicas, sociológicas y antropológicas, materias no pacíficas y de difícil solución desde el punto de vista ético-jurídico y ético-médico, problemas frente a los cuales las legislaciones en el mundo han ensayado diferentes respuestas y soluciones. Estos planteamientos tienen que ver fundamentalmente, desde un punto de vista ético-jurídico y para el caso concreto de la donación de órganos después de la muerte, con el problema del consentimiento informado y el respecto de la libertad de decisión del donante, y en el caso

específico de donación post-mortem y a falta de la manifestación expresa de voluntad por parte de la persona en vida, respecto de la importancia del papel de la decisión de los familiares para que proceda la extracción de órganos y las implicaciones para la libertad de éstos últimos.

En íntima relación con el aspecto anterior, se encuentra el tema del nivel de información respecto de la ablación de órganos, el cual desempeña un papel preponderante para que se pueda hablarse de libertad y consentimiento informado. De este modo, el nivel de información técnica y neutra acerca de todos los aspectos e implicaciones de la donación de órganos cadavéricos tanto para el donante como para el receptor, información con que debe contar tanto la persona en vida como los familiares de una persona fallecida, cumplen un rol fundamental orientado a ilustrar adecuadamente la decisión bien sea a favor o en contra de la donación, lo cual afecta directamente el ejercicio de la libertad respecto de esta materia.

Así mismo y en estrecha conexión con el tema del consentimiento, la donación de órganos cadavéricos genera diversos problemas ético-jurídicos relacionados con el pluralismo de las sociedades modernas y las diversas concepciones ideológicas, filosóficas o religiosas que originan una particular visión respecto de este tema de acuerdo con la cosmovisión que se tenga, a partir de la cual se puede aprobar o desaprobar la donación de órganos.

De otra parte, el tema de la donación y trasplante de órganos post-mortem plantea serios interrogantes de tipo ético-médicos en relación con el concepto de muerte y la capacidad tecnológica para determinarla de manera segura, bien se trate de la declaración de muerte cerebral o cardiovascular, lo cual es determinante para poder decidir y consentir acerca de la ablación de órganos.

Igualmente, este tema plantea problemas respecto de la equidad de los criterios utilizados para la distribución de los órganos donados, así como frente a la comercialización ilegal y la creación de mercados negros de órganos o componentes anatómicos de seres humanos.

La Corte Constitucional mediante la sentencia C-810 de 2003 y a propósito del estudio de las objeciones presidenciales presentadas frente a un proyecto de ley que buscaba institucionalizar el día nacional de la donación de órganos y trasplantes de órganos y

tejidos, tuvo la oportunidad de plantear de manera general algunos de los interrogantes ético-jurídicos y ético-médicos más relevantes que suscita el tema de la donación y trasplante de órganos en el mundo contemporáneo.

Así esta Corporación consideró que algunos de los posibles interrogantes que se plantean en relación con la donación de órganos tienen que ver con el tipo de persona que puede considerarse apta para donar, dado que es necesario diferenciar para efectos de donación de órganos entre personas adultas, menores de edad e incapaces, así como también entre cadáveres sin identificar o abandonados, e incluso si es ética y jurídicamente posible compensar una donación con un tipo de beneficio jurídico, v.gr. penal. Respecto de este punto la Corte sostuvo:

“Así surge la pregunta sobres (sic) si puede o no permitirse que los menores realicen la donación de algún órgano para un transplante. En ese caso ¿a quien corresponde la decisión?2 ¿Puede autorizarse que las personas presas puedan donar algunos de sus órganos, como por ejemplo un riñón, y que dicha donación pueda servir para compensar parcial o totalmente una pena?3”

Con relación a la libertad de decisión o consentimiento para la ablación y trasplante de órganos, esta Corte planteó también los diferentes interrogantes que surgen de esta cuestión, esto es, si lo que resulta ética y jurídicamente justificable es el consentimiento expreso frente a la donación de órganos y a falta de éste la presunción de oposición a la ablación de órganos después de la muerte; o si por el contrario, el Estado tiene derecho a disponer del cadáver y realizar la extracción de órganos aún en contra de la voluntad de la persona fallecida expresada en vida o la de sus familiares; o en un tercer escenario, si a falta de la voluntad expresa de la persona en vida, resulta justificado que proceda la figura del consentimiento presunto o la también llamada presunción legal de donación, y adicionalmente, si para que opere una tal presunción legal de donación se debe respetar y proteger el derecho de la familia de oponerse a la extracción de los órganos del cadáver del familiar fallecido. Respecto de esta problemática la Corte planteó:

“En otros eventos, las preguntas están asociadas a la libertad del consentimiento para donar o recibir transplantes. Por ejemplo, ¿puede utilizarse como criterio válido para poder tomar órganos de una persona muerta el hecho de que ésta no haya objetado en vida a ese

procedimiento (consentimiento presumido)⁴? O, por el contrario, ¿debe haber habido una manifestación expresa de esa persona que autorizaba el transplante en caso de fallecer? ¿O corresponde esa decisión a los familiares de la persona fallecida? ¿Podrían esos familiares negar un transplante, cuando la persona en vida lo había autorizado? ¿Podría considerarse que, debido a la escasa oferta de órganos para transplante, la sociedad en general, y las personas que requieren transplante en concreto, tienen derecho a remover los órganos de un cadáver, incluso si la persona en vida se había opuesto a esa práctica⁵?”

Para la solución de estos interrogantes es necesario un análisis iusfilosófico y constitucional relativo a la protección del principio de libertad o cláusula general de libertad, y su conciliación con el principio de solidaridad social y la figura de la función social del cadáver. Así mismo, junto con los problemas relativos al libre consentimiento de la persona o sus familiares para la donación post-mortem están estrechamente relacionados el tema de la libertad de conciencia, religioso y de cultos, así como el problema jurídico respecto de a quién corresponde el derecho de disposición sobre un cadáver, si al Estado o a la familia del fallecido.

En este sentido y en relación cercana con el problema del consentimiento de la donación de órganos y el derecho de libertad se encuentra el tema de la pluralidad de concepciones de vida y de lo bueno por parte de los ciudadanos, la diversidad de concepciones ideológicas, filosóficas y religiosas, las cuales, dependiendo de la particular cosmovisión que desarrollen pueden dar lugar tanto a la aprobación como a la desaprobación de la donación y trasplante de órganos post-mortem. Esta problemática tiene que ver directamente tanto con la protección del derecho constitucional a la libertad de conciencia, religiosa y de cultos, así como con el papel neutro e imparcial del Estado liberal y constitucional de derecho frente a las concepciones de lo bueno de sus ciudadanos, las cuales hacen parte del desarrollo del derecho de libertad y autonomía de éstos. Frente a los interrogantes que suscita el tema de las concepciones religiosas o filosóficas frente a la donación post-mortem planteaba la Corte en la sentencia C-810 de 2003:

“Fuera de esas preguntas, que expresan difíciles problemas éticos sobre el desarrollo de las donaciones de órganos y tejidos, algunas personas o grupos culturales o religiosos han planteado objeciones éticas generales a la idea misma del transplante, o al menos, a la donación y transplante de ciertos órganos. Para algunos, no existe realmente una definición

de muerte lo suficientemente segura que impida que realmente en un transplante de un órgano vital (corazón, hígado, etc) se esté matando a una persona viva para mejorar la salud de otras. Para estos enfoques, ni siquiera la noción de muerte cerebral total es satisfactoria, y por ello consideran que todo transplante es antiético, pues implica usar a una persona para satisfacer necesidades de otras personas, lo cual viola la dignidad humana, ya que convierte a un individuo en un simple instrumento del bienestar de otros⁶.

Igualmente, esta Corte ha evidenciado la existencia de distintas posturas ético-jurídicas y filosóficas respecto del derecho de disposición alegado frente a un cadáver. De este modo la Corte ha sostenido:

“Otros enfoques, consideran que aun si la persona ha muerto, no es posible remover órganos o tejidos del cadáver, incluso si ésta en vida había autorizado esa práctica, por cuanto ello implicaría una profanación del cuerpo de quien ha fallecido, que vulnera post-mortem su dignidad. Algunas personas y grupos fundamentan además esa posición con base en argumentos religiosos que, según su parecer, prohíben la remoción de órganos y tejidos de personas fallecidas....

Por el contrario, frente a la anterior posición, que defendería una cierta inviolabilidad de los cadáveres, que haría imposible el transplante de órganos removidos de personas fallecidas, otros teóricos y analistas defienden una posición radicalmente distinta. Según su parecer, cuando una persona fallece, su cuerpo se convierte en una suerte de bien de dominio público, ya que la persona como tal ha dejado de existir. Por ello consideran que la sociedad puede extraer todos los órganos de un cadáver que sean necesarios para salvar, o mejorar, la vida de quienes requieren transplantes, incluso si la persona en vida se había opuesto al transplante de sus órganos, por cuanto el cuerpo de la persona fallecida ha pasado a ser de dominio colectivo. En esta óptica, ni siquiera los familiares podrían oponerse a la remoción de los órganos, pues el cadáver no es de su propiedad⁷”

En relación con los problemas que se plantean frente al aspecto económico de la comercialización de órganos y la equidad en los criterios de distribución de los órganos donados, esta Corte ha mencionado los problemas fundamentales que se plantean frente al cobro por las donaciones o el incentivo a los mercados negros de órganos y las posibles discriminaciones que pueden presentarse en la distribución de dichos órganos donados. Así

planteaba esta Corte:

“Directamente ligado a lo anterior, y a posibles discriminaciones en este campo, surge el problema de si son posibles los incentivos económicos para estimular la donación de órganos o tejidos: así, ¿pueden admitirse incentivos económicos para favorecer la donación, como que el hospital pague los gastos funerarios de la persona muerta? ¿O puede incluso llegarse a un mercado sobre donación, que permita que personas que requieren el transplante obtengan órganos de otras personas, que decidan venderlos?”

De otra parte, no son de menor importancia los problemas ético-médicos que suscita la donación de órganos cadavéricos, problemas que están relacionados con el concepto de muerte, de si ésta es considerada como muerte cerebral o cardiovascular, y respecto del avance científico para su determinación precisa, frente a lo cual existen serios debates. Así tenemos, que el problema de un diagnóstico adecuado y certero respecto de la muerte de un ser humano es esencial para el derecho pues a partir de la declaración de la muerte se extinguen tanto los derechos como las obligaciones de la persona jurídicamente considerada. Adicionalmente, este tema genera polémica por cuanto para el caso de los trasplantes, es necesario determinar la muerte mientras todavía se mantienen algunas funciones orgánicas, lo que permite algunas implantaciones en otros seres humanos.

En este tema, se han determinado por regla general dos maneras por las que se puede producir la muerte: 1. por el cese irreversible de la función cardiorrespiratoria que oxigena a todo el organismo, incluido el cerebro. 2. Por el cese irreversible de la función cerebral que regula y controla todo el organismo. La muerte cerebral es aceptada como una manera de morir desde el punto de vista médico, ético y legal, no sin que existan serias discusiones al respecto, y es el tipo de muerte que consagró el legislador colombiano.⁹

Respecto del concepto de muerte y los problemas que este tema genera sostuvo la Corte:

“Finalmente, incluso temas aparentemente técnicos suscitan agudos debates éticos y filosóficos. Así, ¿cuál es la definición de muerte que debe adoptarse para efectos de trasplantes de órganos vitales? ¿Es la llamada “muerte cerebral” un criterio apropiado? ¿Y debe ser la muerte cerebral total o pueden ser otras definiciones, como la cesación de las funciones cerebrales superiores? ¿O debe usarse un criterio de muerte cardiovascular? ¿En qué momento se puede decir que alguien ha muerto y en qué momento que está muriendo?

Y si la persona no ha muerto pero irreversiblemente va a morir en pocos instantes ¿es legítimo realizar la remoción de órganos vitales¹⁰?”

Estos planteamientos demuestran que la donación de órganos no constituye una cuestión ética y jurídicamente neutra, ya que implica complejas y difíciles decisiones y discusiones morales, filosóficas, religiosas, sociológicas y antropológicas que suscitan agudas controversias en el contexto del debate y discusión contemporánea.

La solución a estos problemas, especialmente la solución al problema del consentimiento y especialmente del consentimiento presunto y el papel de la manifestación de voluntad de los familiares de la persona fallecida, permitirán la fijación de límites constitucionales a la regulación acerca de la donación y en este caso de la presunción legal de donación, de manera que, además de respetarse el principio de solidaridad social y de beneficiar el estado de salud de personas que la han perdido a través de la donación, se preserven también los principios constitucionales esenciales del Estado constitucional de Derecho fundados en la libertad y en el principio de dignidad humana. Principios y valores que se refieren no sólo a la libre disposición de nuestro propio cuerpo, la vida, la salud, sino también conciernen al derecho de libertad de las personas en relación con la disposición del cadáver de un familiar fallecido.¹¹

De esta manera, en el caso que ocupa a la Corte en esta oportunidad con la presente demanda de inconstitucionalidad, reviste especial importancia el análisis respecto del problema del consentimiento, especialmente el del consentimiento presunto y la protección del derecho de los familiares a manifestar su voluntad u oposición frente a la donación de órganos del cadáver de un familiar fallecido, dentro del marco constitucional de protección al derecho de libertad de conciencia, libertad de religión y de cultos.

El análisis de esta problemática central conlleva así mismo el estudio de los problemas asociados con ella, en este caso, el del problema jurídico respecto del derecho sobre un cadáver y el del fundamento constitucional del derecho de los familiares a manifestar su voluntad u oponerse a la ablación de órganos del cuerpo inerte de un familiar. Así mismo y también en estrecha relación con la problemática de la presunción legal de donación y el consentimiento de los familiares u oposición de éstos frente a la donación, la Corte abordará posteriormente el tema de la prevalencia de la libertad en el Estado liberal de Derecho, el de

la conciliación del principio de libertad y el de solidaridad social, así como también el tema del pluralismo en nuestra sociedad y el papel neutral e imparcial del Estado liberal y democrático de Derecho frente a las diversas concepciones de vida y de lo bueno, que pueden dar lugar tanto al consentimiento como a la oposición frente a la donación de órganos post-mortem.

5. EL CONSENTIMIENTO EN LA DONACIÓN DE ORGANOS, LA PRESUNCIÓN LEGAL DE DONACIÓN Y EL PAPEL DE LA MANIFESTACION DE VOLUNTAD U OPOSICIÓN DE LOS FAMILIARES

Como se anotó en el apartado anterior, en relación con la donación de órganos cadavéricos y el consentimiento exigido por la gran mayoría de las legislaciones del mundo para que se pueda llevar a cabo, surgen algunos cuestionamientos ético-jurídicos relacionados con el fundamento moral y constitucional de la exigencia de dicho consentimiento y respecto de quién es la persona ética y jurídicamente legitimada para otorgar dicho consentimiento, cuestionamientos que se agudizan cuando entra a operar la figura de la presunción legal de donación o también llamado “consentimiento presunto”, figura según la cual a falta de voluntad expresa en vida por parte de la persona fallecida respecto de la donación y trasplante de los órganos o componentes anatómicos después de su muerte, la ley atribuye, en algunos casos, la potestad de autorizar u oponerse a la ablación de órganos del cadáver a los familiares del difunto, o en otros casos, la legislación le otorga la potestad de disposición del cadáver al Estado para la extracción de órganos.

En relación con la expresión de consentimiento informado derivada de la autonomía de la voluntad, ésta se utiliza fundamentalmente para los pacientes o donantes vivos que requieren información sobre la naturaleza del tratamiento médico con todos los riesgos y beneficios tanto para la persona como para el receptor del órgano, componente anatómico o tejido humano. El consentimiento informado constituye uno de los principios fundamentales en bioética, fundamentado en la “autonomía de la voluntad” la cual es fundamental en todo tratamiento médico. Recordemos que la palabra autonomía se deriva del griego “autos” (propio) y “nomos” (autoridad, ley o norma). Lo esencial entonces es que en la donación de órganos, bien sea en vida o post-mortem, exista libertad o el libre consentimiento informado bien sea de la persona en vida o a falta de éste, que la ley le otorgue oportunidad a los parientes y familiares más cercanos para que puedan manifestar su voluntad antes de que

entre a operar el consentimiento presunto o la presunción legal de donación.¹²

Para esta Corte, el tema del consentimiento informado constituye por tanto el núcleo gordiano del problema jurídico que plantea el trasplante de órganos, por cuanto la donación de órganos, tanto en vida como después de la muerte, debería ocurrir bajo el presupuesto de la adopción de una decisión libre, autónoma y bien informada, bien sea de la persona en vida o de sus familiares luego de su muerte. Por ello, esta Sala encuentra que el tema del consentimiento informado se encuentra íntimamente relacionado con el tema del derecho a la información, pues el derecho a ser informado de manera clara, objetiva, idónea y oportuna sobre todos los aspectos que encierra la ablación de órganos, en el caso que nos ocupa post-mortem, es un requisito necesario para garantizar que la persona en vida o los familiares de ésta luego de su muerte, cuando no existe manifestación de voluntad expresa al respecto por parte de aquélla, puedan otorgar un consentimiento libre u oponerse a la extracción de los órganos del cadáver del ser querido.

En el caso específico de la donación después de la muerte, la persona en vida puede otorgar su consentimiento informado expresando así el deseo de que al morir sus órganos sean utilizados en un trasplante, o también puede manifestar expresamente la prohibición de que los órganos sean separados de su cadáver después de ocurrir la muerte, o puede mantener silencio respecto de este tema, caso en el cual en algunas legislaciones entra a operar la figura del consentimiento presunto o presunción legal de donación, en caso de que los familiares, bajo unas determinadas condiciones no se presenten a acreditar tal condición y no se opongan a la extracción de órganos¹³, caso en el cual también entra a operar la figura del consentimiento informado, esta vez de los familiares de la persona fallecida que se hagan presentes.

Sobre este punto la autora española Carmen Nuñez Muñiz manifiesta:

“Todas estas posibilidades implican una manifestación de la voluntad, aunque por desgracia lo frecuente es que las personas no expresen deseo alguno sobre el posible destino de los órganos o tejidos de su cadáver. De ser así ...La decisión corresponderá a los herederos del fallecido? o podrá el Estado suponer un consentimiento tácito cuando la persona que fallece no manifestó expresamente su desacuerdo con la ablación de sus órganos o tejidos? Quienes legislan sobre el tema se hacen estas preguntas y las han resuelto en forma por demás

variada, sustentados en una serie de soportes filosóficos, sociológicos y jurídicos” 14

En cuanto a la decisión expresa del donante en vida el autor Antonio Gordillo Cañas apunta que “(r)esulta indiscutible en estos momentos aceptar la libertad de una persona para decidir sobre su cadáver. Si el derecho permite a una persona disponer de sus bienes para después de su muerte por qué no aceptar que corresponde al individuo decidir sobre sus restos mortuorios?... La mayoría de las legislaciones aceptan, en principio, que esta decisión post-mortem corresponde a la persona de cuyo cuerpo se trata, si una persona dona su cuerpo en tales circunstancias, su decisión no puede ser violada por terceros a quienes sólo corresponde respetar las decisiones del difunto, siempre que el contenido de las mismas sea moralmente legítimo.”¹⁵

Sin embargo, la donación post-mortem también puede ser decidida por terceros, especialmente por los familiares más allegados a la persona fallecida, por cuanto como se anotaba anteriormente, en la mayoría de los casos la muerte sorprende a las personas sin haber reflexionado o decidido sobre la posibilidad de donar sus órganos después de su muerte. Cómo actuar entonces ante la ausencia de una voluntad manifiesta de la persona en vida? Los autores que han analizado este tema, así como las legislaciones del mundo presentan diversas posturas, algunas extremas y otras más conciliatorias.

Respecto de este tema, es necesario insistir nuevamente en que en todo caso, el consentimiento de la persona donante o de los familiares de ésta juega un papel fundamental en el tema de la donación de órganos, y encuentra su fundamento filosófico y jurídico en el principio de libertad, de autonomía del sujeto y en el de dignidad humana, en cuanto la persona debe decidir libremente sobre la disposición de su cuerpo o partes de él, y a falta de esta voluntad pueden entrar a decidir sus familiares. Este consentimiento la doctrina lo ha denominado consentimiento informado, el cual, como se anotó anteriormente, se encuentra estrechamente vinculado a la garantía del derecho a la información.

Para el caso de la donación cadavérica o que ocurre luego de la muerte declarada de una persona, es dable aplicar la figura del consentimiento informado, cuando la persona en vida ha manifestado su voluntad libremente, lo cual involucra el mayor grado de información e ilustración posible respecto de la donación de órganos luego de la muerte cerebral o cardiovascular declarada. Cuando existe la manifestación de la voluntad en vida de la

persona donante, tanto las diferentes legislaciones como la doctrina no encuentran objeción al principio de respetar la voluntad del donante considerándolo un acto libre. En este sentido algunas legislaciones han consagrado de manera exclusiva la manifestación de la voluntad del donante para que la donación de órganos pueda tener lugar, y en todo caso, la mayoría de las legislaciones han determinado la prevalencia de la voluntad del donante en vida frente a las manifestaciones de voluntad de sus familiares o allegados más cercanos, lo cual cobra especial relevancia cuando estas voluntades no coinciden.

Así tenemos, que el problema fundamental surge, cuando la persona en vida no ha manifestado su voluntad de donar sus órganos o componentes anatómicos después de su muerte. En este caso las legislaciones le han dado diferentes soluciones a este problema realizando un razonamiento de ponderación que le ha dado diferentes pesos de importancia tanto al principio de libertad del donante, como al derecho de sus familiares sobre el cadáver fundamentado en los vínculos desarrollados en vida con la persona fallecida, como al principio de solidaridad social.

De las dos posiciones que se encuentran en los extremos, la primera otorga un valor preponderante a la libertad de la persona y a la manifestación de la voluntad de la persona en vida respecto de si desea ser donante de órganos o no. El silencio de la persona en vida respecto del tema de la donación equivale, para esta postura, a una negativa implícita de la persona y por tanto conlleva a la negación jurídica de la ablación de órganos del cuerpo inerte de una persona luego de su muerte. Esta posición se puede denominar del consentimiento expreso de la persona en vida.

Dentro de esta posición encontramos la posición jurídica que considera que el derecho a la disposición del propio cadáver haría parte de los llamados derechos personalísimos, razón por la cual es un derecho que sólo podría ser ejercido por la propia persona, sin que haya lugar a que la voluntad directa y expresa de la persona pueda ser sustituida por la voluntad de terceros o la voluntad del Estado. En este sentido algunos autores han afirmado: “se ha discutido qué lugar debe asignarse a la voluntad presumida por ley, habiéndose expresado que el derecho a la disposición del propio cadáver integraría el cuadro de los derechos personalísimos, debiendo ser ejercido por la propia persona, sin posibilidad de sustitución de su voluntad.”¹⁶

La segunda posición que se encuentra en el otro extremo, concede un valor preponderante al interés social y público, y en este sentido concibe el cadáver de una persona fallecida como un bien público o propiedad del Estado, del cual puede disponer este último aún en contra de la voluntad manifiesta de la persona en vida. En este modelo el cadáver se concibe como un bien con función social y por tanto puede denominarse esta postura como la del cadáver con función social.

La postura intermedia busca conciliar de diferentes maneras tanto la libertad manifestada en vida por la persona como el interés público o función social que puede cumplir el cadáver, y busca dar una solución a la ausencia o omisión de la voluntad de la persona en vida respecto de la donación de sus órganos, previendo en la mayoría de los casos un consentimiento presunto o presunción legal de donación condicionado sin embargo en la mayoría de las legislaciones por la manifestación de voluntad u oposición por parte de los familiares de la persona fallecida.

Esta postura intermedia reconoce en principio validez a la decisión en vida de la persona respecto de la donación de sus órganos o componentes anatómicos después de su muerte, de tal manera que si la persona se opuso en vida a la donación, entonces ésta no puede legalmente proceder. Sin embargo, en esta postura y en caso de que la persona no haya manifestado expresamente su voluntad en vida respecto del tema de la donación de órganos después de su muerte, el Estado y la ley presume la voluntad tácita o implícita de la persona para que pueda efectuarse la donación, dando prioridad al interés público o a la función social del cadáver. Dentro de esta postura se configura entonces la llamada presunción legal de donación y puede denominarse como la postura del consentimiento presunto.

No obstante esta postura intermedia presenta dos matices o variaciones dependiendo de si en la figura de la presunción legal de donación o del consentimiento presunto se le concede un peso relativo a la manifestación de voluntad de terceros respecto de la donación, esencialmente el reconocimiento de los deudos o los familiares más cercanos de la persona fallecida.

En una primera variación de la postura ético-jurídica del consentimiento presunto respecto de la donación, no se requiere de la manifestación de voluntad de los familiares para que la presunción legal de donación opere y el Estado pueda llevar a cabo la extracción o ablación

de órganos de un cadáver sin tener en cuenta el consentimiento u oposición de los deudos de la persona a quien pertenecía el cuerpo inerte. Esta postura se encuentra consagrada por ejemplo en España, en donde a falta del consentimiento de la persona en vida no se requiere de la autorización o oposición de los familiares para que haya lugar a la ablación de órganos. Pese a esto, resulta interesante anotar que a pesar que la legislación española no exige el consentimiento de los familiares, es una práctica generalizada en España el pedirle autorización a los familiares de la persona fallecida para que proceda la extracción de órganos o componentes anatómicos del cadáver de ésta.

En una segunda variación de la presunción legal de donación o consentimiento presunto se le reconoce expresamente validez a la manifestación de voluntad de los familiares del fallecido, condicionando la configuración de la presunción legal de donación o del consentimiento presunto a la autorización expresa de los familiares o por lo menos a la no oposición o silencio por parte de éstos. Este es el caso de la legislación colombiana y del artículo que en esta oportunidad nos ocupa, puesto que en caso de no existir una manifestación expresa de la voluntad de la persona en vida, la ley le otorga a los familiares del fallecido, en un determinado orden de prevalencia, el derecho a manifestarse respecto a la donación de los órganos o componentes anatómicos del cadáver, lo cual adquiere especial relevancia jurídica para el caso concreto del ejercicio del derecho a oponerse de los familiares. En este sentido, si los familiares autorizan la donación no surge ningún problema, pero si no se manifiestan en ningún sentido, entra a operar, luego del cumplimiento de las condiciones previstas por la ley, la figura de la presunción legal de donación y procede entonces legalmente la extracción de órganos del cadáver.

El requisito del consentimiento por parte de la familia se ha justificado de diversas maneras según se acuda a razones ético-culturales, antropológicas, sociológicas, morales y/o jurídicas. En este sentido, se ha acudido a razones jurídicas, especialmente provenientes del derecho civil, para en algunos casos alegar el derecho de los deudos a disponer del cadáver de un familiar fallecido sosteniendo una especie de derecho de propiedad o disposición sobre el cadáver. Se han acudido también a razones de tipo iusfilosófico alegando para ello fundamentalmente los principios reconocidos dentro del marco de un Estado constitucional de Derecho como el principio de libertad general, de la cual se derivan la libertad de conciencia y la de cultos, y la autonomía del sujeto. Ligadas a estas últimas se han arguido razones éticas o de naturaleza cultural relacionadas con las tradiciones milenarias de

carácter religioso o cultural de honra y culto a los muertos, que se manifiestan en la posibilidad de disponer del cadáver del familiar fallecido, lo cual cobra en algunos casos y dependiendo de las diferentes concepciones filosóficas y religiosas una trascendental importancia para los familiares del difunto en su condición de sujetos o individuos.

De otra parte, algunos autores han sostenido incluso que el consentimiento respecto del destino del cadáver constituye un derecho moral que reposa en cabeza de los familiares, derecho que incluso se encuentra por encima de la voluntad declarada en vida por la persona que ha muerto, ya que la voluntad manifiesta de la persona en vida no constituiría el ejercicio de un derecho subjetivo, teniendo en cuenta que el reconocimiento de ese derecho personal para el interesado sólo podría verificarse luego de su muerte, momento para el cual ya no existiría el sujeto legitimado para ejercer tal derecho de disposición sobre su propio cuerpo.¹⁷

En este sentido, la Corte constata que a nivel doctrinario y académico se ha desarrollado una rica discusión sobre el tema del consentimiento expreso, respecto del consentimiento presunto y acerca del papel de la autorización u oposición de la familia, posturas teóricas que se encuentran en alguna de las posiciones básicas que se han mencionado anteriormente. Así, algunos autores presentan diversas posturas, algunas extremas y otras más conciliatorias.

Para Ernesto Garzón Valdés, Rodolfo Vásquez y Carmen Nuñez no hay razón para no admitir un consentimiento tácito o presunto. El primero señala que la tendencia actual es reconocer la importancia de los órganos y tejidos y su notable escasez. Esto lo induce a presumir el consentimiento no expresado, afirmando que “un cadáver es, además, una fuente de bienes vitalmente útiles, cuya no utilización puede causar daño a seres vivientes”.¹⁸ Rodolfo Vásquez agrega que esta tendencia “se justifica por su carácter solidario y realista”.¹⁹

El mismo Vásquez justifica plenamente la presunción del consentimiento cuando el fin terapéutico de la ablación es inmediato. El valor de la vida del receptor debe prevalecer sobre el consentimiento o la autorización de los disponentes secundarios. Por el contrario, si el motivo es únicamente científico de investigación, considera la prevalencia de la pietas familiae.²⁰

Por su parte, Carmen Núñez, opina que si alguien, teniendo posibilidades reales de hacerlo,

no manifiesta su voluntad, sería perfectamente admisible una presunción legal, interpretando el silencio, en sentido favorable a la donación en aras de la salud colectiva.²¹

En cambio, autores como Gouvèa Medina, consideran que “el silencio produce efectos jurídicos cuando, debido a circunstancias o condiciones de hecho o falta de respuesta a interpelaciones, abstención o aptitudes omisivas voluntarias, induce a la otra parte, como a cualquier persona a la creencia legítima de que el silencio ha revelado de cualquier modo una voluntad seguramente identificada”. La falta de manifestación de donar los órganos y tejidos no cumple, sino tal vez en casos aislados, con esta interpretación del silencio, sino que se trata la mayoría de las veces de una ignorancia tanto de lo que es el trasplante y su fin, así como de la legislación”.²²

Otros autores justifican que el Estado goce del poder de disponer de los cadáveres de sus ciudadanos con el fin de obtener órganos y tejidos necesarios para salvar vidas humanas, e incluso proponen que los cadáveres sean declarados “bienes de utilidad pública”.²³ Estas corrientes han sido criticadas por no respetar el consentimiento de los deudos e ir en contra de las creencias y sentimientos de las personas.

Así Ingrid Brena Sesma considera que “El sentimiento de respeto a los muertos, nacido en las tradiciones más antiguas, impide la consideración del cuerpo humano sin vida como un bien del dominio común del cual el Estado puede disponer bajo el pretexto de la no manifestación en contrario de la persona”.²⁴

En una posición intermedia, Romeo Casabona, citada por Bertoldi, defiende el sistema del consentimiento presunto, pero matiza en el sentido que “la presunción legal sólo cede ante la oposición expresa de la persona en vida”.²⁵

En el sentido de respetar la voluntad de los familiares en caso de ausencia de la voluntad de la persona en vida, algunos autores opinan que las legislaciones que posibilitan escuchar la opinión de los sobrevivientes, atribuyendo a éstas facultades dispositivas o de oposición a la extracción, como en el caso de Argentina o de Colombia, están más acordes con los sentimientos religiosos de piedad y culto a los muertos que anidan en dichas sociedades. Agregan además que no obstante lo anterior, “(e)l derecho a disponer de órganos y tejidos derivados de materiales anatómicos con fines terapéuticos pueden responder a sentimientos del sujeto de solidaridad humana o a fines altruistas”.²⁶

A continuación, la Corte pasará a mencionar de manera general algunos ejemplos de las respuestas que han dado las legislaciones en el mundo respecto del tema de la donación de órganos, el consentimiento presunto y la autorización de los familiares.

5.1 Las legislaciones en el mundo y la presunción legal de donación

- Colombia: En la legislación colombiana, el artículo 3 de la Ley 73 de 1988 estipula que la extracción y utilización de órganos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos para fines de trasplante u otros usos terapéuticos, podrá realizarse mediante donación formal de la persona en vida o mediante presunción legal de donación. El párrafo de este artículo establece que en todo caso prevalecerá la voluntad del donante por sobre el parecer contrario de sus deudos o cualesquiera otra personas.

Para la legislación colombiana es prevalente entonces la voluntad de la persona en vida, lo cual se encuentra conforme con el principio general de libertad, y los derechos de libertad de conciencia -art. 18 CN-, de libre desarrollo de la personalidad -art. 16 CN-, el de la libertad de cultos -art.19-. El problema surge entonces cuando la persona en vida no ha manifestado expresamente su voluntad de donación o su oposición a la misma, caso en el cual, a falta de donación formal de la persona en vida entra a operar la figura del consentimiento presunto o la presunción legal de donación.

El artículo 2 de la Ley 73 de 1988 regula lo relativo a la presunción legal de donación estableciendo que “existe presunción legal de donación cuando una persona durante su vida se haya abstenido de ejercer el derecho que tiene a oponerse a que de su cuerpo se extraigan órganos o componentes anatómicos después de su fallecimiento, si dentro de las seis (6) horas siguientes a la ocurrencia de la muerte cerebral o antes de la iniciación de una autopsia médico-legal sus deudos no acreditan su condición de tales ni expresan su oposición en el mismo sentido”. Expresión resaltada que se demanda en esta oportunidad.

De otra parte el artículo 5 de la Ley 73 de 1988 regula el orden de prevalencia de los familiares en el ejercicio de su derecho a manifestar su consentimiento respecto de la ablación de órganos, de la siguiente manera: el cónyuge no divorciado o separado de cuerpos; los hijos legítimos o naturales, mayores de edad; los padres legítimos o naturales, o los adoptivos; los hermanos legítimos o naturales, mayores de edad; los abuelos y nietos; los parientes consanguíneos en línea colateral hasta el tercer grado; los parientes afines hasta el

segundo grado. Así mismo señala este artículo que a falta de consenso de los familiares que les corresponda manifestar su consentimiento, prevalecerá la voluntad de la mayoría.

Para la Corte el fundamento constitucional del otorgamiento del derecho a los familiares de una persona fallecida a oponerse a la extracción de órganos o componentes anatómicos del cadáver de esta última, encuentra igualmente un sustento y fundamento constitucional, de la misma manera que respecto de la propia persona en vida, en el principio general de libertad, y los derechos de libertad de conciencia -art. 18 CN-, y el de libertad de cultos -art.19-, en razón de los vínculos afectivos, emocionales y psicológicos que desarrollan las personas con sus familiares más allegados y que afectan directamente el desarrollo de su autonomía personal, por lo cual la ley les concede igualmente la posibilidad de manifestar su consentimiento u oponerse a la ablación de órganos del cadáver de un familiar.

De cualquier forma la jurisprudencia constitucional colombiana ha reconocido un sustento constitucional en la cláusula general de libertad y la libertad de conciencia y de cultos al derecho de las personas a disponer del cadáver de un familiar muerto, de donde se deriva también el sustento del requisito del consentimiento de los familiares o el derecho a oponerse a la ablación de órganos.²⁷

La motivación para que la legislación colombiana con la ley 73 de 1988 adoptara la postura intermedia del consentimiento presunto se encuentra documentada en los debates a que dieron lugar la aprobación de esta ley en la plenaria de la Cámara de Representantes. El proyecto de ley que dio origen a la ley 73 de 1988 fue de origen parlamentario en el Senado de la República -Comisión Quinta Constitucional- y originalmente se legislaba solo lo concerniente a la donación y trasplante de córneas, proyecto que se extendió, ya en la Cámara de Representantes, a todo lo relacionado con trasplantes. Así se afirmaba en la ponencia para segundo debate en la Cámara que “(c)on este proyecto no sólo estamos creando las soluciones para los problemas expuestos en el proyecto original respecto a las córneas sino que vinculamos dentro de una ley marco todo lo relacionado con trasplante. Además, ya es tiempo que se tenga un concepto definido y plenamente identificado en la ley de lo que significa “la función social del cadáver” que nos sitúa a la vanguardia de los países más avanzados en esta materia dando como resultado la esperanza de solución a nuestros compatriotas que necesitan de esta ley, para que parte de sus problemas físicos sean solucionados”

En la ponencia para primer debate en la Cámara el representante Humberto Valencia García justificaba esta ponencia fundamentalmente en lo relacionado con la figura del consentimiento presunto o presunción legal de donación de la siguiente manera:

“La idea de los trasplantes de órganos constituye hoy en el mundo una de las grandes posibilidades para el desarrollo de la medicina en beneficio de la humanidad.

.....

Dentro de los sucesivos cambios que en diferentes latitudes del mundo han venido presentándose, se pueden distinguir de manera generalizada las siguientes escuelas:

1. Los órganos solamente pueden obtenerse mediante donación que la persona haga durante su vida o los deudos de ésta hagan después de su muerte. Esta escuela identificada como donación en sentido positivo, representa hoy la escuela menos avanzada dentro del contexto universal, pues aquí, el cadáver tiene como único dueño a los deudos de la persona, quienes nada pueden hacer en contra de la voluntad, de quien en vida ha decidido el camino que debe darse a sus despojos mortales. Por consiguiente no aparece en esta escuela la noción de cadáver en función social.

2. En esta escuela únicamente la persona y durante su vida, puede disponer qué hacer con su cadáver y por consiguiente puede ocurrir la donación que también se cataloga igualmente a la anterior en sentido positivo.

3. La disposición de órganos o componentes anatómicos para fines de trasplante puede hacerse durante la vida de la persona o por parte de sus deudos después de la muerte de éste, pero el procedimiento para los efectos a diferencia de las escuelas anteriores, se califica de abstención o negativo frente al ejercicio de sus deudos. En otras palabras, la persona y sus deudos son los dueños del cadáver, pero para que éste cumpla una función social la iniciativa para donar no es determinante, pues basta con que los interesados se hayan abstenido de ejercer su derecho legal para oponerse a que el cadáver sea utilizado con fines de trasplante, para que en tales eventos aparezca la figura jurídica denominada presunción de donación.

Se respeta así el sentimiento comunitario o tradicional en la cultura colombiana, pero se da

un paso de nueva avanzada en relación con la función social del cadáver, cuyo objetivo esencial es precisamente la solidaridad humanitaria frente a la enfermedad.

Esta es una escuela intermedia que se ajusta bien a la idiosincracia de nuestro pueblo y sobre dicha filosofía se ha complementado el proyecto de ley que está a vuestra consideración.

4. Existe otra escuela en la que únicamente la persona durante su vida puede abstenerse de hacer uso del derecho de oposición para que después de su muerte puedan ser utilizados sus órganos con fines de trasplante. Esta forma de donación es positiva pero limitada a una sola persona.

5. Esta escuela considera que el Estado es dueño del cadáver y en virtud de esta postura jurídica se coloca en función social el cadáver de cualquier persona para obtener órganos con fines de trasplante, aun contra la voluntad de sus deudos o de la persona misma durante su vida.

Colombia hoy está en la práctica de la primera escuela, Portugal en la segunda escuela, en la tercera Alemania, Francia, España, Checoslovaquia entre otras; y la quinta corresponde al contenido que estaba estipulado en el primer proyecto de ley que originalmente se presentó a consideración de esta Comisión que indicaba claramente que la córnea podría extraerse a un contra la voluntad de los deudos tal como ocurre en algunos países socialistas.”

Legislación extranjera – Derecho comparado:

En muchos países tanto europeos como latinoamericanos se han adoptado en sus legislaciones la figura del “consentimiento presunto”, aunque con distintos y variados matices.

América Latina:

- Argentina²⁸: En la legislación Argentina se incluyó la figura del consentimiento presunto mediante la cual en el caso de la donación de órganos provenientes de donantes cadavéricos, la persona donante puede disponer de su cuerpo después de su muerte, reafirmando de este modo el principio de autonomía de la voluntad. Se respeta sobretodo y hasta el último momento la voluntad del donante. Se propone que toda persona es donante

de órganos y que quien no desee donar órganos debe manifestarse expresamente en tal sentido.

El artículo 19 bis dice “la ablación podrá efectuarse respecto de toda persona capaz de dieciocho (18) años que no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de sus órganos o tejidos, voluntad que será respetada cualquiera sea la forma en que se hubiese manifestado”.

La ley argentina contiene un dilema ético entre distintos principios: de un lado el principio de beneficencia y justicia, ya que con la donación varias vidas podrían salvarse; y de otro el principio de autonomía de la voluntad, el cual prevé que la persona es libre y capaz, y tiene por tanto el derecho a decidir sobre su cuerpo de acuerdo con la información suministrada por el médico (consentimiento informado).²⁹

En el debate parlamentario en Argentina los argumentos a favor de la consagración del consentimiento presunto fueron: 1. Que el aumento de la donación cadavérica y la eliminación progresiva de los donantes vivos constituiría la mejor garantía contra el temido tráfico de órganos; 2. Que una legislación que consagra el “consentimiento presunto” invertiría la carga de la responsabilidad de la decisión de donar: el peso de esa decisión recaería en el conjunto de la sociedad y la voluntad individual pasaría a ser la de oponerse; 3. Que con el consentimiento presunto se podría obtener órganos en todos aquellos casos en que exista voluntad de donar, sin que se alcance a obtener la manifestación fehaciente al respecto, evitándose la pérdida de miles de oportunidades de supervivencia de personas; 4. Que tanto las legislaciones extranjeras como la organización mundial de la salud avalan y aceptan tanto al consentimiento presunto como al expreso como mecanismos aptos, respetables y aceptables desde el punto de vista ético como jurídico.³⁰

Es de anotar que en Argentina, en relación con el trasplante de órganos cadavéricos se impone una obligación al Poder Ejecutivo de “realizar en forma permanente una adecuada campaña educativa e informativa a través de los medios de difusión masiva, tendiente a crear la conciencia solidaria de la población en esta materia”. En todo caso la información juega un rol trascendente, en el caso de la ablación de órganos cadavéricos, puesto que “se trata de comunicar y educar adecuadamente a la población en general y a los medios sobre la dimensión e importancia del tema, para que no sea su desconocimiento el que impida en

el futuro la procuración de órganos cadavéricos”.³¹

- México: En México se intentó introducir en la legislación en el año 2000 la figura del consentimiento presunto o aceptación tácita sin ninguna clase de condicionamientos. Sin embargo, los autores del proyecto percibieron tal oposición social ante este proyecto que terminaron modificando su postura, lo cual dio lugar a la reforma de la Ley General de Salud en materia de donaciones y trasplantes.

La Ley General de Salud en México, en materia de donación, se considera una posición conciliadora que regula la aceptación tácita cuando se requiere para fines de trasplante, pero exige para ello el consentimiento de alguna de las siguientes personas: él o la cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante, conforme a la prelación señalada. ³²

- Brasil: La legislación brasileña ha aceptado el consentimiento tácito, sin embargo, esta decisión legislativa no ha sido bien recibida por la doctrina. En concepto de Roberto de Gouvêa Medina, la nueva legislación rompe abruptamente con las costumbres arraigadas y las creencias y tradiciones religiosas. Así mismo Celso Rivero, citado por De Gouvêa, ha expresado que la manifestación tácita es una verdadera confiscación del cuerpo humano por el Estado.³³

- Perú: La legislación peruana también establece el principio del consentimiento presunto para la donación de órganos cadavéricos. Ante la inexistencia de manifestación de voluntad de la persona en vida, se considera que el cadáver se convierte en un bien que pasa al dominio público, y con fundamento en la salud colectiva puede procederse a la ablación de órganos y tejidos, siendo irrelevante toda consulta u oposición al procedimiento.³⁴

- Países europeos

- Bélgica³⁵: De acuerdo a la legislación de este país, los órganos cadavéricos y demás tejidos destinados a trasplantes, pueden ser ablacionados de toda persona inscrita en el registro de la población o inscrita en el registro de los extranjeros por un periodo no menor a seis meses, salvo oposición expresa a dicha ablación.

Para el caso de incapacidad, también rige el “consentimiento presunto”, aunque expresamente se establece quiénes pueden expresar la oposición a la ablación: a) Menor de dieciocho años: puede oponerse él mismo, y también pueden hacerlo los familiares que vivan con él, mientras aquél viva. Si es incapaz de manifestar su voluntad, pueden oponerse los familiares que conviven con el, mientras el menor permanezca con vida; b) Incapaces mentales, cuya oposición puede ser expresada por el representante legal, el administrador provisorio o en su defecto por el pariente más cercano.

Las normas belgas establecen claramente las formalidades para la expresión de la oposición, habilitando al Registro Nacional de las Personas Físicas para recibir las negativas bajo ciertas condiciones, reglando a su vez el acceso a tal información por parte de los médicos que realizan los trasplantes de órganos.

- España³⁶: En este país, también se admite la extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos con fines terapéuticos o científicos, en el caso de que éstos no hubieran dejado constancia expresa de su oposición. En el país ibérico, la persona en vida, puede dejarse constancia de su oposición expresa a la ablación, por cualquier medio y sin sujeción a formalidad alguna.

En caso de menores de edad o pacientes con déficit mental, la oposición a la ablación puede ser expresada por quienes ostenten la patria potestad, tutela o representante legal. Así mismo, es de anotar que en España, pese a que no se exige por la ley, en la práctica se solicita la autorización de los familiares antes de proceder a la extracción de órganos.

- Francia³⁷: Las ablaciones de órganos con fines terapéuticos o científicos en Francia, pueden ser practicadas sobre el cadáver de toda persona que en vida no haya manifestado su oposición a tal ablación. Si se trata del cadáver de un menor o de un incapaz, para la ablación se requiere de la autorización de su representante legal. Se admite cualquier modalidad de expresión de la oposición, al igual que en los demás antecedentes citados.

A su vez, toda persona admitida en un establecimiento autorizado para efectuar ablaciones, puede expresar su oposición a la ablación para el caso de fallecer en tal lugar, en cualquier tiempo y en un registro especial para tal fin. De no poder expresarse, cualquier dato que sugiera que se habría opuesto a la ablación debe ser incluido en tal registro, siendo especialmente relevante, el testimonio de su familia en tal sentido, pero debiendo precisarse

el modo de expresión del rechazo, las circunstancias en que fue emitido y sus alcances.

- Suecia: La nueva legislación de este país dispone que si los ciudadanos suecos no asumen una posición explícita contraria a la donación o si no exteriorizan su voluntad al respecto, se presume su voluntad favorable a la ablación de órganos y tejidos para trasplantes o para otros fines luego de su fallecimiento. Sin embargo, tal presunción resulta relativa pues la oposición puede ser expresada por los familiares, y de no ser contactados tales familiares, los órganos y tejidos del fallecido no se ablacionarían.

La opinión de niños y jóvenes menores de dieciocho años respecto de este tipo de donaciones debe ser respetada, debiendo los padres decidir si tales menores tienen suficiente madurez como para comprender el significado de una donación de órganos.

Sin embargo, a falta de voluntad expresa por parte de la persona en vida, las diferentes legislaciones, como quedó anotado, pasan de la exigencia de un consentimiento expreso, a la presunción del consentimiento tácito o presunción legal de donación, pasando por todos los matices a que dan lugar las posturas intermedias. No obstante, el denominador común en todas las legislaciones estudiadas, es la exigencia de la comprobación, previa a la extracción de los órganos, componentes anatómicos o tejidos, de la pérdida de la vida del donante, y del consentimiento expreso u oposición que haya manifestado la persona en vida, el cual prevalece en todo caso a la manifestación de voluntad de terceros, bien sean los familiares o el Estado.

6. EL DERECHO DE LOS FAMILIARES DE UNA PERSONA FALLECIDA A DISPONER DEL CADAVER DE ESTA ÚLTIMA Y SU FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO DE LIBERTAD DE CONCIENCIA, DE RELIGION Y DE CULTOS

El tema del derecho que tienen los deudos sobre el cadáver de un familiar fallecido, el cual constituye un derecho inmaterial derivado de los nexos y vínculos que tuvieron las personas en vida con la persona fallecida, y por tanto el tipo de relación que los familiares establecen con el cadáver y, a partir de allí, la eventual naturaleza constitucional de este derecho, que esta Corte ha reconocido que tiene un fundamento superior en el derecho a la libertad de conciencia -art.16 CP-, de religión y de cultos -art. 19 CP- de las personas en su calidad de familiares del fallecido, ha sido estudiado por esta Corporación tanto en la sentencia T-162 de 1994 como en la sentencia T-462 de 1998, en donde se analizaron casos de exhumación y

traslado de restos mortales, y el derecho de la cónyuge a realizarlo.

6.1 El derecho a disponer del cadáver: En primer lugar, en relación con el difícil tema respecto de si existe propiedad sobre el cadáver de una persona fallecida, y a quién corresponde este derecho, esta Corte tuvo ya la oportunidad de exponer las distintas posiciones y posturas doctrinarias y teóricas que se presentan sobre este asunto, y que van desde quienes sostienen que sobre el cadáver de una persona existe un derecho de propiedad que corresponde a los herederos del mismo, en forma análoga a como corresponde a los herederos el derecho sobre los bienes patrimoniales que deja tras de sí la persona fallecida; hasta quienes sostienen que la propiedad del cadáver radica en cabeza del Estado al ser el cadáver un bien público y cumplir una función social. Formulada en los términos del derecho civil la pregunta sería la siguiente: ¿a quién pertenece el derecho que se tiene sobre el cadáver en relación a decidir sobre la extracción de órganos o componentes anatómicos del mismo?.

Sobre este punto en la sentencia T-162 de 1994 esta Corte sostuvo que “algunos autores – especialmente en Alemania – han sostenido que [el derecho de disposición sobre el cadáver] se trata de un derecho que corresponde a los herederos, con todas las prerrogativas derivadas del dominio sobre las cosas. Otra parte de la doctrina, en cambio, ha defendido la tesis de que sobre el cadáver sólo existe un derecho de propiedad limitado en cuanto a su disposición y en beneficio de los herederos.”

Sin embargo, esta Corte ha rechazado la posibilidad de considerar que sobre el cadáver exista un derecho de propiedad, bien sea a favor de los herederos y familiares o bien sea a favor del Estado. Por el contrario, esta Corte ha considerado que el derecho de los familiares a disponer de los despojos mortales de un familiar fallecido no se deriva de un derecho de propiedad o de dominio sobre el mismo, sino que tiene un fundamento legal de origen constitucional, basado en el respeto a la cláusula general de libertad, y los derechos a la libertad de conciencia, de religión y de culto que cabe reconocerle y protegerle a los familiares de una persona fallecida, y que están asociados a la posibilidad de disponer y rendirle culto a los muertos en el cuerpo de la persona querida ya sin vida.

En este sentido sostuvo la Corte en sentencia T-162 de 1994: “Nuevas razones de tipo científico, relacionadas con la utilización cada vez más frecuente de cuerpos humanos inertes

en la investigación médica, y también razones de tipo sanitario, relativas a la ubicación y manejo de los cementerios, sumadas a las motivaciones de orden moral sobre el respeto y veneración de cadáveres, proporcionan hoy una mayor fuerza a la teoría que desconoce la pertinencia del concepto de propiedad en el tratamiento jurídico de los despojos mortales.

....

En defensa de esta posición, un jurista nacional, Julián Uribe Cadavid, sostiene que, en todo caso, el derecho sobre el cadáver no puede fundarse en el concepto de dominio, ni siquiera en el de posesión jurídica. Un cadáver, dice, no es un bien susceptible de apropiación que pudiera ingresar al patrimonio individual. Las leyes han regulado la protección de los cuerpos de las personas fallecidas, pero nunca han reconocido el derecho de dominio sobre los mismos. Esta sola posibilidad – agrega Uribe Cadavid – repugna a los sentimientos y a los principios de respeto, veneración y culto a los muertos.

.....

Siendo así – concluye el citado autor – sobre el cadáver “existe una especie de cuasi-posesión fundada en el deber de custodia que corresponde, en primer lugar, a quienes se hallaban en vida ligados por vínculos de naturaleza con la persona que habitó dentro de ese cuerpo”¹. La precariedad de la tenencia, limitada por el fin de respeto o de culto, determina el alcance de los derechos que pueden ser reclamados y que no pueden ser otros diferentes a los de custodia y conservación del cadáver y del sitio de su inhumación.”

La Corte evidencia entonces que el derecho que le asiste a las personas para disponer del cadáver de un familiar fallecido y en este sentido oponerse a la ablación de los órganos de sus familiares más cercanos, no puede ser explicado bajo los parámetros del derecho de propiedad, ni siquiera de la posesión jurídica.

Reitera por tanto la Corte que en lugar de ello “la disposición de cadáveres es entonces un asunto regido por normas de orden público, que protegen, en primer término, la moral individual y comunitaria que exige una actitud de respeto y recogimiento frente a los muertos y, en segundo lugar, la salubridad pública”⁴⁰.

En este caso, no se trata de determinar la titularidad del derecho a oponerse a la extracción

de órganos o componentes anatómicos, tema que se encuentra ya regulado y determinado por la propia ley –Art. 5 de la Ley 73 de 1988 y párrafo segundo del artículo 17 del decreto 2493 de 2004–, sino de reiterar el fundamento constitucional del respeto estricto al derecho de los familiares a manifestarse en relación con la extracción de órganos o componentes anatómicos del cadáver de un familiar.

6.2 Alcance constitucional del vínculo de los familiares con el cuerpo de un familiar fallecido y el derecho a oponerse a la ablación de los órganos del cadáver de un familiar

Aclarado e identificado que la misma ley les concede a los familiares de una persona fallecida el derecho para que se opongan a que se haga efectiva la presunción legal de donación de órganos y con ella pueda darse lugar a la extracción de los órganos y componentes anatómicos del cadáver de un familiar, se trata ahora de considerar el sentido jurídico constitucional del cadáver, que como lo ha sostenido esta Corte es “concebido como objeto simbólico depositario de valores morales y religiosos”, para con posterioridad analizar su estatus y carácter constitucional.

Así, respecto del tipo de vínculo que sostiene la familia de un fallecido con el cadáver del mismo, sostuvo la Corte que “(l)a vinculación que los miembros de una familia mantienen con sus muertos es de tipo simbólico y religioso, mediatizada por objetos materiales que evocan un determinado sentido, pero que no tienen significación alguna por fuera de dicho poder de evocación. La sepultura cumple esta función mediatizadora, que en términos jurídicos puede ser explicada como un derecho que se materializa en la posibilidad de construir una tumba, mantenerla y visitarla. Se trata de una relación similar a la que los creyentes mantienen con los objetos de culto. Es el derecho a conservar el objeto material depositario de la evocación simbólica.”

En este sentido, la Corte reitera el gran valor simbólico del cadáver y el papel esencial que lo simbólico juega en nuestra cultura. Ha sostenido la Corte que el hecho de poder darle sepultura al cadáver de un familiar fallecido, cumple no sólo una función de estratificación social, que por lo demás representa la dimensión del afecto familiar, por lo cual la conservación, mantenimiento y culto del cadáver cumple una “función simbólica semejante a la del “goce” en la propiedad”.

Sin embargo, ha reconocido esta Corte que la conservación del cadáver de los seres queridos

posee para la mayoría de las personas un sentido más fundamental y profundo, relacionado con el sentido religioso y la idea de una trascendencia más allá de la muerte. En este sentido ha afirmado la Corte que “El cadáver sirve entonces de soporte para la recreación mítica del difunto y de su nueva relación con los familiares. En algunas religiones, como la católica, esta relación puede ser de intermediación ante el Ser Supremo, cuando el alma ha tenido el privilegio de la salvación. Por eso los deudos acuden periódicamente al cementerio para solicitar la intercesión ante Dios del alma bendita, o para pedir por la purificación y pronta salvación, en el evento de que el alma del ser querido se encuentre en el purgatorio. Desde este punto de vista, la idea de construir tumbas responde a la necesidad personal de trascendencia y perpetuación”.

Así mismo, ha reconocido esta Corte que la conservación del cadáver encierra una importancia antropológica evidente, asociada a que “(e)l ser humano soporta más fácilmente la muerte cuando tiene la certeza de que el cadáver reposa para siempre en un sitio. El desaparecimiento de una persona denota un sufrimiento insoportable cuando se ha perdido la esperanza de vida y el cuerpo inerte no se encuentra. Este fenómeno ha sido bien estudiado a partir de la situación psicológica de los padres de víctimas del delito de desaparecimiento. La imposibilidad de superar el duelo, impide la recuperación y mantiene al pariente en una situación paradójica de esperanza insoportable. Enterrar a los muertos es también un acto simbólico a través del cual los hombres reconocen su condición temporal y se someten a los dictámenes de la naturaleza. La desesperanza, como situación límite, a su modo, también es una fuente de tranquilidad”.

Por consiguiente, para la Corte son claros los numerosos y profundos vínculos que pueden unir a las personas con el cadáver de un familiar fallecido, cuyo explicación se encuentra en razones de tipo cultural, religioso, sociológico y antropológico, así como en los vínculos efectivos, psicológicos y mentales que los unieron en vida con la persona fallecida.

6.3 El sustrato constitucional del derecho a los familiares a oponerse a la extracción de órganos y componentes anatómicos

Por tanto esta Corte reitera que las connotaciones que giran alrededor del culto a los muertos – entre ellas la diferenciación social, creencia religiosa y característica antropológica – pueden presentarse simultáneamente o de manera separada. En todo caso, aquella que

vincula de manera más fuerte al individuo a través del poder simbólico, es la creencia bien sea filosófica o religiosa, debido a que se encuentra directamente ligada con el ejercicio de la autonomía de la voluntad y de la libertad de cultos, protegidos por la Carta como derechos fundamentales de aplicación inmediata.

Todas las religiones, precisamente por el hecho de contemplar una trascendencia no experimentable directamente, se practican y vivencian por medio de formas rituales, inherentes a la actitud religiosa misma. La participación ritual se conoce como el culto y consiste en la posibilidad de realizar todos aquellos actos, ceremonias y prácticas a través de las cuales se manifiesta la creencia en lo sobrenatural. Todo acto que impide el ejercicio del culto, es de una gravedad extrema para el creyente, pues cercena la comunicación con el "más allá" y obstaculiza el cumplimiento de un deber impuesto a los fieles. La importancia del culto deriva de la importancia misma de la religión, entendida como una creencia bajo la cual el individuo se encuentra subordinado, o en una situación de dependencia última, que irradia un sentido específico a todos los actos de la existencia.

La importancia que tiene el culto en la religión, como elemento inescindible de la creencia, ha conducido a la incorporación en las cartas constitucionales del derecho fundamental al culto religioso (C.P. art. 19). De esta manera se amplía el ámbito de protección de la libertad, al pasar de la simple aceptación de la creencia, a la plena admisión de los medios ceremoniales a través de los cuales la creencia se manifiesta, así como a la libertad de no participar en culto alguno.

En este orden de ideas, reitera la Corte en esta oportunidad que el derecho de disposición sobre un cadáver que le corresponde a los familiares de la persona fallecida, en el caso que nos ocupa, el derecho de los familiares a oponerse a la extracción de órganos del cadáver de un familiar fallecido; cuenta no sólo con un fundamento legal, pues es la misma legislación -Ley 73 de 1988 y decreto reglamentario 2394 de 2004- la que reconoce el derecho de los familiares a oponerse a la ablación de órganos; sino que este derecho tiene un sustento constitucional en el derecho de libertad de conciencia -art. 18 CN-, de religión y de cultos -art. 19-, que se hace efectiva también a través de la custodia, conservación y culto a los muertos en el cuerpo del fallecido. Por tanto, es derecho legal de origen constitucional, el derecho de los familiares a oponerse a la extracción de órganos y componentes anatómicos del cadáver de un familiar fallecido, y ello en el orden de precedencia establecido por la misma ley.

En síntesis, la propia ley con un fundamento de origen constitucional les ha otorgado a los familiares de una persona fallecida, de conformidad con la precedencia de las personas indicadas en la misma ley o decreto reglamentario, que los familiares del fallecido tienen un derecho sobre el cadáver, que consiste en la posibilidad de manifestar su voluntad respecto de la ablación de los órganos del cadáver, para que no opere la presunción legal de donación establecida por la ley 73 de 1988.

7. LA CONCILIACIÓN DE LOS DERECHOS DE LIBERTAD Y EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD SOCIAL, LA PRIMACIA DE LA LIBERTAD Y EL ESTADO LIBERAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO.

Encuentra la Corte que la legislación colombiana con fundamento en los principios de origen constitucional, la cláusula general de libertad, el principio de libertad, el de conciencia, de religión y de cultos, ha reconocido y protegido, de un lado y en primer lugar, el derecho de la persona en vida a decidir sobre el destino de su propio cuerpo después de su muerte, otorgándole primacía y prevalencia a la voluntad manifestada en vida por la persona, bien sea que consienta o que se oponga a la ablación de órganos post-mortem. De otro lado y en segundo lugar, a falta de consentimiento o manifestación expresa de voluntad de la persona en vida, la ley colombiana ha reconocido el derecho de los familiares a oponerse a la extracción de órganos y componentes anatómicos del cuerpo de un familiar fallecido, estableciendo unas condiciones para ello, reconocimiento que encuentra sustento en los vínculos que generan las personas con sus familiares más cercanos y con la conservación y culto a los muertos, todo lo cual tiene un sustento de carácter constitucional en la libertad de conciencia, de religión y de cultos, los cuales desarrollan el principio de la autonomía de la voluntad. Finalmente, y con fundamento en el principio de solidaridad social -art. 1 CN- la ley colombiana ha establecido que en caso de no existir ni la voluntad de la persona en vida, ni la de los familiares luego de la muerte, el Estado asume que existe un consentimiento presunto, operando entonces la presunción legal de donación, que autoriza al Estado a extraer los órganos y componentes anatómicos del cuerpo de una persona fallecida.

La Corte encuentra acertada y ajustada a la Constitución Política esta conciliación de principios de derechos individuales y fines sociales, que intenta realizar el legislador colombiano en el tema del trasplante de órganos y la donación de órganos, específicamente

respecto de la figura de la presunción legal de donación, encontrando que cumple con fines constitucionales legítimos, figura que no se encuentra en discusión. Por el contrario, es de resaltar la importancia concedida por esta Corte al tema del trasplante de órganos recordando para ello la amplia jurisprudencia constitucional en materia de tutela en donde la Corte ha protegido los derechos fundamentales vinculados con el trasplante de órganos⁴².

Sin embargo, la Corte se permite también reiterar en esta oportunidad su jurisprudencia constitucional en torno a la prevalencia y primacía del principio de libertad y en relación con el papel neutral que debe cumplir el Estado liberal y democrático de derecho frente al tema de la donación de órganos, respetando de este modo las diferentes posturas filosóficas y religiosas, así como las diversas concepciones de vida, del bien y de lo bueno que pueden profesar libremente sus ciudadanos, las cuales y dado el carácter no pacífico del tema de la donación de órganos post-mortem, como se expuso en la primera parte de esta sentencia, pueden dar lugar tanto a posiciones a favor como en contra de la donación. Todo ello dentro del carácter libre y pluralista del Estado colombiano.

Respecto al tema de la prevalencia del principio de libertad, consagrado como cláusula general de libertad por la Constitución o libertad de conciencia -art. 18-, del cual se derivan todos los derechos individuales de libertad como la libertad de religión y de cultos -art.19-, y el libre desarrollo de la personalidad -art.16-, la Corte reitera la prevalencia de la libertad individual sobre los fines sociales dentro del marco de un Estado liberal y democrático de Derecho, lo cual encuentra su fundamento último en el principio de dignidad humana.

En este sentido, reitera igualmente la Corte que la persona humana digna y libre no puede ser utilizada o sacrificados sus derechos para satisfacer o alcanzar fines colectivos o sociales, por muy altruistas que éstos sean, en este caso la donación de órganos para ser utilizados en fines de trasplante o terapéuticos; si ello desconoce sus derechos fundamentales de libertad de conciencia, de religión y de cultos, y el libre desarrollo de su personalidad. Esto encuentra su fundamento en el reconocimiento del ser humano con un ser con dignidad, esto es, con un valor intrínseco del que no se puede predicar valor de cambio, y que por tanto no puede ser utilizado simplemente como un medio para alcanzar fines, cualesquiera que ellos sean, sino siempre y al mismo tiempo como un fin en sí mismo, esto es, como un ser libre y autónomo. Este es el fundamento filosófico esencial de la tradición liberal de origen kantiano⁴³ y del Estado liberal y democrático de Derecho.

Por esta razón, encuentra la Corte de suma importancia en el presente proceso de constitucionalidad, que con la consagración de la figura del consentimiento presunto no se termine vulnerando en razón de una posible interpretación de esta normatividad, el derecho que tienen los familiares a oponerse a la ablación de órganos del cuerpo de un familiar fallecido, derecho que como se expuso, encuentra un fundamento constitucional en la libertad de conciencia, de religión y de cultos.

Como corolario de la anterior premisa de respeto por la libertad, se desprende que el Estado liberal y democrático de derecho está en la obligación de reconocer el pluralismo existente en la sociedad, respetando la libertad y autonomía de los ciudadanos reflejada en las diferentes concepciones ideológicas, filosóficas y religiosas de éstos, lo cual se proyecta igualmente en las diversas concepciones de vida, del bien y de lo bueno, no pudiendo imponer el Estado ninguna concepción en particular, tampoco en este caso respecto del tema de la donación de órganos frente al cual existe una multiplicidad de posturas, todas ellas respetables.

El Estado colombiano se define expresamente como un Estado pluralista, carácter que se encuentra consagrado en los artículos 1, 7, 10, 13, 16, 18 y 19 de la Constitución Política, entre otros. Así mismo, en el debate iusfilosófico contemporáneo ocupa un papel preponderante el papel neutral e imparcial que debe asumir el Estado liberal y democrático de Derecho frente al hecho del pluralismo en las sociedades modernas y la multiplicidad y diversidad de concepciones de vida de los ciudadanos. Frente al hecho del pluralismo el Estado debe encarnar unos principios mínimos exclusivamente de carácter político, entre los cuales se encuentran el principio de dignidad humana, el de libertad e igualdad, los cuales cumplen el papel de generar un consenso de carácter político a pesar de la diversidad de concepciones filosóficas o religiosas.⁴⁴

Esta Corte, en sentencia C-810 de 2003, tuvo ya la oportunidad de pronunciarse sobre este tema en particular, respecto de un proyecto de ley que buscaba establecer el día nacional de donación de órganos, imponiendo una determinada orientación de promoción a favor de la donación y obligando a las universidades e instituciones educativas de primaria y bachillerato a desarrollar jornadas destinadas a promover la cultura de la donación. En esa oportunidad la Corte encontró inconstitucional dicho proyecto por violación a la autonomía universitaria y fundamentó su decisión precisamente en el papel neutral e imparcial que

debe asumir el Estado frente a la temática de donación de órganos, sin perjuicio de las campañas de información que se puedan desarrollar en este sentido, y que la Corte encuentra importantes y necesarias para ilustrar el tema de la donación con todos sus puntos tanto a favor como en contra.

En este sentido la Corte concluyó: “En conclusión, el carácter pluralista de la Constitución (manifiesto en los artículos 1, 7, 10, 13, 16, 18 y 19, entre otros) no oficializa ningún credo religioso ni otorga privilegio a ninguna concepción de la moral o a convicción ideológica alguna⁴⁵. Por tanto, el Estado no puede imponer a las instituciones educativas que asuman una posición respecto a la donación, pues su papel es garantizarle a los ciudadanos la libertad de optar, poniendo a disposición una información completa y neutral. Si el Estado decidiera imponer a las instituciones educativas su concepción sobre lo bueno al asumir una posición en cuanto a la donación y trasplante, desconocería el carácter pluralista del Estado colombiano, pues excluiría la posibilidad de que los ciudadanos accedieran a información diferente que les permitiera formarse una opinión realmente libre. Ello impediría entonces que la ciudadanía decidiera autónomamente si acoge o no alguna de las visiones, por lo que la Corte concluye que el artículo 2º objetado es inconstitucional en su integridad”.

En síntesis, la Corte concluye en esta oportunidad, en relación con el tema de donación de órganos y la presunción legal de donación, que esta cumple con un fin constitucional legítimo y persigue la conciliación del principio de libertad y solidaridad social. Sin embargo, para la Corte esta figura debe respetar el derecho de los familiares a oponerse a la extracción de órganos y componentes anatómicos del cuerpo de un familiar fallecido, en aras de respetar la primacía de la libertad individual y los derechos de libertad de conciencia, de religión y de cultos de los familiares. Así mismo, concluye la Corte que el Estado debe asumir frente al tema de la donación de órganos una posición neutra e imparcial respetando las diferentes ideologías o concepciones sobre el bien y lo bueno de los ciudadanos.

8. EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD DEL CASO CONCRETO

Para poder realizar el análisis de constitucionalidad de la expresión demandada por los cargos imputados con fundamento en las consideraciones generales desarrollados, la Corte considera necesario entrar a analizar las diferentes posibles interpretaciones a que da lugar la expresión demandada.

8.1 Interpretaciones posibles de la expresión demandada

La Corte encuentra que la expresión demandada “o antes de la iniciación de una autopsia médico legal” da lugar a diferentes posibles interpretaciones, dependiendo del significado que se otorgue a esta condición y de la función lógica-semántica que se le asigne al conector “o” y a los diferentes escenarios que se presentan en relación con la ocurrencia de la muerte y la práctica de la autopsia o necropsia.

a) Las condiciones: La Corte considera necesario precisar en primer término el significado de las dos condiciones previstas por la ley para que se configure la presunción legal de donación.

El artículo 2 de la Ley 73 de 1988 establece que “existe presunción legal de donación cuando una persona durante su vida se haya abstenido de ejercer el derecho que tiene a oponerse a que de su cuerpo se extraigan órganos o componentes anatómicos después de su fallecimiento, si dentro de las seis (6) horas siguientes a la ocurrencia de la muerte cerebral o antes de la iniciación de una autopsia médico-legal sus deudos no acreditan su condición de tales ni expresan su oposición en el mismo sentido”. Esta disposición se repite en el artículo 19 del decreto 2493 de 2004, con la variación que aquí se cambia la expresión autopsia médico-legal por la de necropsia, de la siguiente manera: “la donación se presume cuando una persona durante su vida se haya abstenido de ejercer el derecho que tiene a oponerse a que de su cuerpo se extraigan componentes anatómicos después de su fallecimiento y si dentro de las seis (6) horas siguientes a la ocurrencia de la muerte encefálica o antes de la iniciación de una necropsia, sus deudos no acreditan su condición de tales ni expresan su oposición en el mismo sentido”. (subraya y negrilla fuera de texto)

Estas disposiciones plantean entonces respecto del derecho de los familiares a oponerse a la ablación de órganos, una proposición disyuntiva con dos condiciones para que si ésta no ocurre opere la presunción legal de donación. Esta oposición de los familiares tiene que tener lugar dentro de las seis (6) horas siguientes a la ocurrencia de la muerte cerebral o antes de la iniciación de la autopsia médico-legal o necropsia.

La ley les concede a los familiares de la persona fallecida el derecho a oponerse a la ablación de órganos del cadáver de esta última para que no opere la presunción legal de donación, siempre y cuando lo hagan durante el transcurso de las seis horas posteriores a la

declaratoria médica de muerte cerebral o con anterioridad al comienzo de la autopsia médico-legal o necropsia. En otras palabras, la presunción legal de donación de órganos se configura en Colombia cuando vencido el término de seis horas luego de la declaratoria de muerte cerebral de una persona o cuando se da inicio a la autopsia médico-legal o necropsia, los familiares no han acreditado su condición de tales y no se han opuesto a la extracción de órganos o componentes anatómicos. La primer condición tiene lugar entonces al término de las seis horas a partir de la declaratoria de muerte cerebral y la segunda, cuando se da inicio a la autopsia médico-legal o necropsia.

Respecto del transcurso del término de las seis horas, la Corte encuentra que esta condición corresponde a la ocurrencia de un hecho físico, respecto de lo cual, en principio, no existiría problema alguno en su determinación. Sin embargo, la Corte evidencia, como quedó anotado en la parte considerativa de esta sentencia, que respecto de esta condición podrían surgir problemas o cuestionamientos ético-médicos en relación con la determinación de la muerte cerebral de una persona. La Corte no se pronunciará sobre este problema por no haber sido demandado y no ser parte del presente estudio de constitucionalidad. Se limitará entonces esta Sala, a determinar que el plazo mínimo establecido por la ley para la ocurrencia de la presunción legal de donación son las seis horas posteriores a la declaratoria médica de la muerte encefálica de una persona, siempre y cuando dentro de dicho lapso no se presente oposición por parte de sus deudos a la donación de órganos.

Respecto de la segunda condición, esto es, el inicio de la autopsia médico-legal o necropsia, evidencia la Corte que tanto la Ley 73 de 1988 como el actual decreto reglamentario 2493 de 2004 guardan silencio respecto de este tema. Sin embargo, encuentra la Corte dos definiciones del inicio de la autopsia médico-legal que arrojan luz en el entendimiento de este condicionamiento para que ocurra la presunción legal de donación, demandada en esta oportunidad, tanto en el decreto 1172 de 1989 -derogado por el decreto 1546 de 1998- como en el decreto 0786 de 1990.

El decreto 1172 de 1989 en su artículo 44, determinaba que en tratándose de autopsias médico-legales la presunción legal de donación ocurría cuando las mismas se inician, y definía para tales efectos, que la iniciación de la autopsia médico legal ocurría cuando el médico autorizado para practicarla efectuaba con tal propósito la observación del cadáver.

En el mismo sentido, el artículo 23 del decreto 0786 de 1990 consagra la configuración de la presunción legal de donación cuando antes de la iniciación de la autopsia los deudos de la persona fallecida no acreditan su condición de tales y no expresan su oposición a que del cadáver de la misma se extraigan órganos o componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos. A su vez, el artículo 24 del mismo decreto señala, que la autopsia médico legal se inicia cuando el médico autorizado para practicarla efectúa con tal propósito la observación del cadáver.

En este sentido, la Corte entiende que la legislación colombiana ha determinado el momento de la iniciación de la autopsia médico legal, hoy denominada necropsia, como el momento en el cual el médico autorizado para llevarla a cabo, realiza con tal fin la observación del cadáver. En este sentido, es dable entender que la presunción legal de donación se configura, en relación con la segunda condición relativa a la iniciación de la autopsia o necropsia, en el momento en que el médico autorizado realiza la observación del cadáver, con el fin de llevar a cabo la autopsia o necropsia.

Este entendimiento acerca del inicio de la autopsia o necropsia, da lugar a una interpretación de la expresión demandada “o antes de que se inicie la autopsia médico-legal” del artículo 2 de la Ley 73 de 1988, que es inconstitucional, en cuanto se puede entender que la presunción legal de donación tiene lugar en el momento en que el médico autorizado realiza la observación del cadáver con el propósito de efectuar la necropsia. Esta interpretación de la expresión demandada, tiene lugar además, cuando se entiende que las dos condiciones pueden dar lugar a la presunción legal de donación, cada una por separado, caso en el cual, con el solo hecho de darse inicio a la autopsia o necropsia, sin que los familiares hayan manifestado su oposición a la ablación de órganos, se configuraría la presunción legal de donación.

Bajo este entendimiento, considera la Corte, como también lo anota el demandante, que la expresión acusada puede dar lugar a que la presunción legal de donación ocurra en cualquier momento después de declarada la muerte cerebral de una persona, pues se configuraría en el momento en que el médico autorizado realizara la observación del cadáver con el fin de efectuar la necropsia, lo cual podría ocurrir en cualquier momento después de declarada la muerte cerebral, puesto que la ley no es clara en fijar un término para que la autopsia o necropsia tenga lugar, y por tanto, podría efectuarse también antes del vencimiento del

término de las seis horas otorgado por la ley para que los familiares se opongan a la ablación.

En opinión de la Corte, esta interpretación implicaría por tanto una restricción del término legal de seis horas, otorgado por la misma ley para que los familiares puedan ejercer su derecho a oponerse a la extracción de órganos y componentes anatómicos del cadáver de un familiar fallecido, puesto que, como se anotó, el comienzo de la autopsia o necropsia podría ocurrir en cualquier momento y así podría ocurrir también antes del vencimiento de dicho término, y en este caso, con la sola iniciación de la autopsia o necropsia operaría la presunción legal de donación dando lugar a la extracción de órganos.

Esta posible interpretación resulta inconstitucional para la Corte puesto que en este escenario se estaría violando el derecho que la misma ley con fundamento constitucional en la cláusula general de libertad, el derecho a la libertad de conciencia, de religión y de cultos, le otorga a las personas para que puedan oponerse a la ablación de órganos del cadáver de un familiar fallecido.

Observa la Corte, que esta posible interpretación depende también de que se entienda que el conector “o” en la expresión demandada cumple una función lógica-semántica de exclusión, esto es, de que se entienda que la presunción legal de donación opera con el cumplimiento de cualquiera de las dos condiciones previstas por el artículo 2 de la Ley 73 de 1988 y el artículo del decreto 2493 de 2004.

A continuación pasa por tanto la Corte a estudiar las interpretaciones que se desprenden de la disyunción que plantea la expresión demandada.

b) La disyunción: En segundo término, la Corte considera que el análisis de la función lógico-semántica de la disyunción que plantea el conector “o” en la expresión demandada, es esencial y necesario para poder entender sus posibles interpretaciones.

Es de observar que el conector “o” tiene asignado, desde el punto de vista lógico-semántico, funciones tanto de disyunción como de conjunción, esto es, puede indicar o implicar una exclusión o una inclusión de las condiciones previstas en el enunciado. Cuando el conector “o” cumple la función lógica de disyunción, ésta puede cumplir a su vez dos funciones: puede tratarse de una exclusión en sentido estricto, también llamada fuerte, o una exclusión en

sentido amplio, también llamada débil. La exclusión en sentido estricto significa que la proposición que contiene el conector “o” es verdadera sólo cuando una sola de las condiciones previstas en el enunciado es verdadera o se cumple, excluyendo por tanto la otra condición. La función de exclusión en sentido estricto es relevante para los casos en que sólo una de las condiciones previstas en la proposición puede ser verdadera o puede cumplirse. Por su parte, la exclusión en sentido amplio significa que la proposición es verdadera cuando al menos una de las condiciones previstas es verdadera o se cumple, pero también que la proposición sigue siendo verdadera cuando dos o más o todas las condiciones previstas en el enunciado son verdaderas o se cumplen. Este tipo de disyunción exclusiva-débil es relevante cuando se trata de condiciones que pueden ser, algunas o todas, verdaderas y cumplirse de manera simultánea. En este último caso el conector “o” cumple también la función lógica de inclusión.

Teniendo en cuenta lo anterior, tenemos que el artículo 2 de la Ley 73 de 1988 plantea una proposición disyuntiva al establecer que luego de declarada la muerte cerebral de una persona y en caso que no exista la manifestación expresa en vida de la persona respecto de la donación de órganos después de su muerte o la oposición a ésta, ocurrirá la presunción legal de donación, siempre y cuando los familiares de la persona fallecida no se presenten y acrediten tal condición y se opongan a la ablación de órganos, bajo dos condiciones: que dicha oposición de los familiares no tenga lugar durante el transcurso de las seis (6) horas siguientes a la declaración de muerte cerebral o antes de la iniciación de la autopsia médico legal o necropsia, esta última expresión que se demanda.

Evidencia la Corte, que desde el punto de vista lógico-semántico, esta proposición legal, puede dar entonces lugar a dos interpretaciones. Una primera interpretación se origina cuando el conector “o” en la expresión demandada cumple una función de exclusión amplia o débil y se entiende entonces que la presunción legal de donación se configura en caso que los familiares no se opongan a la ablación de órganos cuando se cumple por lo menos una de las dos condiciones: o bien cuando han transcurrido seis horas luego de la ocurrencia de la muerte cerebral, o bien cuando se ha dado inicio a la autopsia o necropsia. Para esta interpretación sólo es necesario el cumplimiento de una de las dos condiciones para que ocurra la presunción legal de donación. Esta es la interpretación que hace el demandante.

Una segunda interpretación tiene lugar cuando al conector “o” se le otorga una función

inclusiva, esto es, cuando se interpreta la configuración de la presunción legal de donación, cuando se cumple al menos la primera condición referida al vencimiento del término legal de seis horas luego de declarada la muerte cerebral, mientras que la segunda condición referida al inicio de la autopsia o necropsia, sólo cumpliría la función de ampliar este término, esto es, de otorgar a los familiares un término mayor para que se opongan a la extracción de órganos una vez vencido el término legal de seis horas. Esta es la interpretación que de la expresión demandada realizan tanto el Ministerio del Interior y de Justicia, así como el Señor Procurador General de la Nación en su concepto de rigor.

Ahora bien, antes de entrar a estudiar estas dos posibles interpretaciones, la Corte descarta una posible interpretación del conector “o” en la expresión demandada como cumpliendo una función disyuntiva estricta o fuerte, por cuanto en el caso de la configuración de la presunción legal de donación no hay lugar a que esta ocurra sólo con el cumplimiento de una de las dos condiciones previstas por la ley, en el sentido de que una condición excluya a la otra, puesto que como ya se anotó, o bien puede cumplirse una de ellas, o bien pueden cumplirse las dos, para que se configure el consentimiento presunto.

La Corte entrará ahora a analizar más en detalle las dos interpretaciones posibles de la expresión demandada:

1. En primer lugar, la expresión demandada puede dar lugar a una interpretación que se origina del entendimiento del conector “o” como cumpliendo una función de disyunción exclusiva amplia o débil, caso en el cual la presunción legal de donación de órganos se configura cuando se cumple al menos una de las dos condiciones previstas por la ley: o bien cuando transcurre el término de las seis horas luego de la declaratoria de muerte cerebral, o bien cuando se dá inicio a la autopsia médico-legal o necropsia, sin que los familiares hubieren presentado oposición a la extracción de órganos.

Encuentra la Corte que bajo esta interpretación se pueden presentar a su vez varias subinterpretaciones dependiendo de los posibles escenarios que se pueden presentar:

- 1.1 En un primer escenario la presunción legal de donación tiene lugar por que se cumple la condición del transcurso del término legal de seis horas, sin que los familiares hayan ejercido

su derecho de oposición a la ablación. Considera la Corte que este escenario no plantea problemas para el estudio de constitucionalidad que nos ocupa, por cuanto en este evento, la autopsia médico legal o necropsia, si hay lugar a ella, tendría lugar después de vencido el término que prevé la ley para que los familiares puedan oponerse y por tanto no se estaría restringiendo tal término ni vulnerando el derecho que tienen los familiares a oponerse a la donación de órganos.

1.2. En un segundo escenario la presunción legal de donación puede tener lugar por que se cumple la segunda condición prevista por la ley, esto es, el inicio de la autopsia médico-legal o necropsia. En este evento, observa la Corte que a su vez se presentan dos posibilidades interpretativas: que la autopsia o necropsia tenga lugar antes del vencimiento del término legal de seis horas o que tenga lugar con posterioridad al término del mismo.

1.2.1 Si la necropsia tiene lugar antes del cumplimiento del término legal de seis horas, considera la Corte que en este evento es dable interpretar que la presunción legal de donación operaría con el inicio de la misma, lo cual podría tener lugar en cualquier momento después de la declaratoria de muerte cerebral de un paciente, y por tanto, podría ocurrir antes de que expirara el término legal para que los familiares pudieran oponerse a la extracción de órganos.

En opinión de la Corte, esta interpretación vulnera por tanto el derecho que tienen los familiares a oponerse a la extracción de órganos y componentes anatómicos del cadáver de un familiar fallecido, ya que puede dar lugar a la restricción del término previsto por la misma ley para que los familiares puedan oponerse a la donación, derecho que tiene un fundamento constitucional en el derecho a la libertad de conciencia, de religión y de cultos.

1.2.2. Ahora bien, si la necropsia tiene lugar después del cumplimiento de la primera condición legal, es decir, con posterioridad al vencimiento del término de las seis horas otorgadas por la ley para que la familia pueda oponerse a la extracción de órganos, considera la Corte que este evento, bajo la premisa de una función excluyente del conector “o”, no tiene relevancia para el estudio de constitucionalidad que nos ocupa, puesto que en todo caso el consentimiento presunto habría ya operado con el simple transcurso del término legal de seis horas y sería legalmente indiferente si la necropsia tiene lugar o no. Es decir, en caso que la necropsia tuviera lugar con posterioridad al término legal de seis horas luego de

declarada la muerte encefálica, de todas formas podría procederse legalmente a la extracción de órganos desde el mismo momento del vencimiento de dicho término, y ello, bien que tenga lugar la necropsia o no.

No obstante esto, evidencia la Corte que bajo la premisa según la cual el conector “o” no tiene una función excluyente sino más bien una función inclusiva o incluyente, y en el evento de la ocurrencia de la autopsia o necropsia luego de vencido el término legal de seis horas, la expresión demandada podría dar lugar a una nueva interpretación con relevancia constitucional. Según esta interpretación, en el evento cuando la necropsia tiene lugar con posterioridad al vencimiento del término de seis horas luego de la muerte cerebral, la segunda condición prevista por la ley cumpliría con la función de ampliar el término de seis horas hasta el momento en que se inicia la necropsia, concediendo entonces un mayor espacio de tiempo para que los familiares puedan ejercer el derecho a oponerse a la ablación de órganos, y no restringiendo tal término como lo entiende el demandante.

Considera la Corte que esta interpretación de la expresión demandada depende del entendimiento del conector “o” como cumpliendo una función inclusiva. Esta es la opinión tanto del Ministerio del Interior y de Justicia como del Procurador General de la Nación y constituye la segunda interpretación mencionada al comienzo de este aparte, que la Corte pasa a analizar a continuación.

2. En segundo lugar, encuentra la Sala que la expresión demandada puede dar lugar a una interpretación que se origina del entendimiento del conector “o” como cumpliendo una función de inclusión, caso en el cual la presunción legal de donación de órganos se configura cuando se cumple al menos la primera condición prevista por la ley, y la segunda condición vendría a ampliar el plazo concedido por esta primera condición.

Según esta posición, no es correcta la interpretación según la cual la presunción legal de donación opera indistintamente ante la ocurrencia de cualquiera de los dos eventos contemplados en la disposición que consagra la presunción de donación, ya que dicha interpretación anularía a alguna de las dos condiciones previstas por la ley. En este sentido, solo bastaría con el cumplimiento de la primera condición, esto es, el vencimiento del plazo legal; o con el cumplimiento de la segunda, esto es, la iniciación de la autopsia o necropsia; para que operara la presunción legal de donación. En el primer caso, sería inocuo introducir

la condición del inicio de la autopsia o necropsia, y en el segundo caso, sería innecesaria la consagración del plazo legal para que operara el consentimiento presunto.

Por tanto, esta interpretación plantea que la expresión demanda debe entenderse en el sentido de que en todo caso debe darse cumplimiento al plazo establecido en la ley para que ocurra la presunción legal de donación, y que en caso de que ocurra la autopsia o necropsia, los familiares tendrán un plazo adicional hasta el momento en que se dé inicio a la misma para oponerse a la extracción de órganos del cadáver del familiar fallecido. Esta interpretación implicaría entonces, que antes que restringir el plazo legal para que los familiares puedan ejercer el derecho a oponerse a la ablación de órganos, éstos tendrían derecho a oponerse en dos oportunidades, las cuales no serían necesariamente excluyentes, esto es, dentro de las seis horas siguientes a la ocurrencia de la muerte cerebral o, en todo caso, antes de la iniciación de la autopsia médico legal.

Asume entonces esta interpretación, que en el caso en el cual la autopsia o necropsia ocurra antes del vencimiento del plazo legal de seis horas siguientes a la declaratoria de muerte cerebral, debe respetarse dicho plazo, y que en caso que la autopsia o necropsia ocurra con posterioridad al plazo legal de seis horas luego de la muerte encefálica, lo que hace la segunda condición es ampliar el término para que los familiares puedan oponerse a la ablación de órganos, y que por tanto la expresión demandada no anula este plazo, sino que por el contrario la alarga.

8.2 Las razones de los condicionamientos a la exequibilidad de la expresión demandada

La demanda que dio origen a este proceso impugna la expresión “o antes de la iniciación de la autopsia médico-legal” del artículo 2 de la Ley 73 de 1988, en razón a que considera en primer lugar, que esta disposición vulnera el derecho de los familiares de una persona fallecida, a oponerse a la extracción de los órganos y componentes anatómicos del cadáver de ésta, ya que la iniciación de la autopsia médico-legal o necropsia puede tener lugar en cualquier momento luego de declarada la muerte encefálica, y por tanto puede anular el derecho que tienen los familiares a oponerse, no dando espacio para dicha oposición, o puede restringir indebidamente el plazo de seis horas consagrado en la ley para que opere la presunción legal de donación.

Con fundamento en el análisis realizado en la parte motiva y considerativa de esta sentencia, y en el análisis del caso concreto, concluye la Corte, que existen varias interpretaciones posibles de la expresión demandada, una de las cuales es inconstitucional.

La interpretación de la expresión demandada que esta Sala considera inconstitucional es aquella según la cual la presunción legal de donación ocurre bien cuando tiene lugar la extinción del plazo legal de seis horas luego de la muerte cerebral de una persona, o bien cuando se da inicio a la autopsia médico-legal o necropsia, sin que los familiares hayan acreditado su condición de tal y manifestado su oposición a la donación. Esta interpretación da lugar a entender que la necropsia, en cuanto puede tener lugar en cualquier momento luego de declarada la muerte cerebral o encefálica, podría hacer nugatorio el derecho de los familiares a oponerse a la ablación de órganos, y si ocurre antes de que trascorra el término legal de seis horas contadas a partir de la muerte cerebral, anularía dicho término, haciendo nugatorio el ejercicio del derecho de los familiares a oponerse a la extracción de órganos. Esto es violatorio del derecho que tienen los familiares a oponerse a la ablación de órganos del cadáver de un familiar fallecido, derecho que como quedó expuesto, tiene un fundamento constitucional en el derecho a la libertad de conciencia -art. 18 CN-, de religión y de cultos -art. 19 CP-.

En consecuencia, procederá esta Corte a condicionar la exequibilidad de la expresión demanda, en varios sentidos: en primer lugar, en el entendido de que en todo caso deberá respetarse el término de seis (6) horas después de declarada la muerte cerebral o encefálica, establecido por la ley para que ocurra la presunción legal de donación. Este condicionamiento quiere decir, que en ningún caso, la presunción legal de donación de que trata el artículo 2 de la Ley 73 de 1988 operará antes del vencimiento del plazo legal de seis (6) horas después de la declaratoria de muerte cerebral de que trata la misma disposición. En consecuencia, en la parte resolutive de esta sentencia esta Corte reafirmará que el término que tienen los familiares para oponerse a la ablación de órganos será mínimo de seis (6) horas.

En segundo lugar, la exequibilidad de la norma demandada se condicionará en el entendido de que en aquellos casos en que la autopsia o necropsia haya sido previamente ordenada por el médico responsable, y tenga lugar después de transcurrido el plazo legal de seis horas, se entenderá ampliado el plazo para que los familiares puedan oponerse a la donación de

órganos hasta el momento de la iniciación de la autopsia o necropsia.

A este respecto, es de anotar que el artículo 1 del Decreto 0786 de 1990 denomina autopsia o necropsia “al procedimiento mediante el cual a través de observación, intervención y análisis de un cadáver, en forma tanto externa como interna y teniendo en cuenta, cuando sea del caso, el examen de las evidencias o pruebas físicas relacionadas con el mismo, así como las circunstancias conocidas como anteriores o posteriores a la muerte, se obtiene información para fines científicos o jurídicos”, clasificando este decreto también el tipo de autopsias en médico-legales y clínicas. Así mismo el artículo 22 del Decreto 0786 de 1990 de conformidad con la ley 73 de 1988 establece que “cuando deban practicarse autopsias médico-legales, durante el curso de las mismas podrán los médicos legistas, para fines de trasplante u otros usos terapéuticos, liberar y retirar órganos o componentes anatómicos de los cadáveres, o autorizar a un profesional competente para que lo haga bajo su custodia” (negrilla fuera de texto), siempre y cuando exista previa donación por parte de la persona o sus deudos o haya operado la presunción legal de donación.

En concordancia con lo anterior, esta Corte entiende que la necesidad de la realización o no de una autopsia o necropsia deberá determinarse y ordenarse por el médico responsable dentro del lapso de las seis (6) horas ordenado por la ley, en el entendido que una cosa es la determinación de la necesidad de su realización o su ordenación y otra distinta su realización, que puede ser posterior a este plazo. En este sentido, esta Sala encuentra que el médico responsable debe determinar la necesidad de la realización de la autopsia o necropsia y ordenarla dentro de las seis (6) horas después de la muerte cerebral o encefálica del paciente, previstas por la ley, lapso de tiempo dentro del cual los familiares podrán oponerse a la ablación de órganos, y sólo en el evento en que la autopsia o necropsia se encuentre ordenada y una vez vencido el término legal para ejercer oposición, el plazo de los familiares para oponerse a la ablación de órganos se extenderá hasta el inicio de la necropsia.

En consecuencia, para esta Corte es claro que una vez vencido el término legal de seis (6) horas y si previamente se ha determinado por el médico responsable la necesidad de autopsia o necropsia, los familiares tendrán plazo para oponerse hasta el inicio de la misma. Lo que en todo caso no puede ocurrir, de acuerdo con el entendimiento de esta Corte, es que la determinación de la realización de la autopsia o necropsia se defina una vez expirado el

término legal de seis (6) horas, por cuanto esto podría dar lugar a abusos respecto de la determinación de la misma en relación con la extracción de órganos.

Con este condicionamiento, esta Corte pretende dejar en claro que sólo en el evento en que el médico responsable haya ordenado previamente la necropsia y cuando ésta tenga lugar después de vencido el término legal de seis (6) horas, se entenderá ampliado el plazo para que los familiares puedan oponerse a la donación de órganos hasta el momento del inicio de la autopsia o necropsia. Por lo tanto, en la parte resolutive de esta sentencia, luego de establecer el término mínimo de seis horas, se determinará que sólo cuando la necropsia haya sido previamente ordenada por el médico responsable, el plazo para la oposición por parte de los familiares se extenderá hasta antes de su iniciación.

En tercer lugar, esta Sala condicionará la exequibilidad de la norma sub examine atendiendo a la necesidad de garantizar un consentimiento informado y el derecho a la información de los familiares del fallecido, esencial para que se haga efectivo el ejercicio de una decisión libre e informada, en el entendido de que se debe garantizar una información oportuna a los familiares de la persona fallecida que se hayan hecho presentes, sobre lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley 73 de 1988 respecto de la presunción legal de donación y el derecho que tienen de oponerse a la donación de órganos del cadáver del familiar fallecido, deber de información que recaerá sobre el médico responsable de la realización de la autopsia o necropsia. Con este condicionamiento, esta Corte pretende garantizar que se suministre una información idónea y oportuna a los familiares de la persona fallecida que se encuentren presentes, por parte del médico responsable, respecto de sus derechos en virtud de lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley 73 de 1988. En consecuencia, en la parte resolutive de esta sentencia se condicionará la exequibilidad de la norma demandada en el sentido de que el médico responsable deberá informar oportunamente a los deudos presentes sus derechos en virtud del artículo 2º de la Ley 73 de 1988.

Encuentra esta Corte que este condicionamiento, respecto de la obligatoriedad de informar a los familiares que se hagan presentes sobre la presunción legal de donación y el derecho que tienen a oponerse a la ablación de órganos de un cadáver fallecido, se encamina de manera especial a garantizar el consentimiento o la oposición informada de los familiares, lo cual es requisito esencial para el ejercicio efectivo de las libertades constitucionales.

Finalmente, esta Corte encuentra necesario pronunciarse, como complemento necesario a la debida información que se debe suministrar a los familiares presentes de la persona fallecida, respecto de la información que debe suministrar el Estado colombiano al público en general y a la sociedad colombiana en relación con el contenido de la ley 73 de 1988, información que tiene que lograrse a través del desarrollo de campañas de información y divulgación con carácter divulgativo, objetivo y neutral.

Es por ello, que esta Corte considera que para la efectividad de un consentimiento bien informado en materia de donación de órganos post-mortem por parte de los individuos y ciudadanos colombianos, esto es, tanto por parte de las personas en vida como por parte de los deudos de una persona fallecida, es imperioso que el Estado colombiano realice campañas masivas de información y divulgación sobre el contenido de la ley 73 de 1988, con el objetivo de que tanto las personas en vida como sus deudos después de su muerte puedan tomar una decisión consciente, libre e informada a este respecto, sin ningún vicio de ignorancia o constreñimiento. Para ello, esta Corte considera que existe una obligación por parte del Estado colombiano de realizar este tipo de campañas de información y divulgación, las cuales deben tener un carácter estrictamente informativo, sin tintes de publicidad en favor o en contra de la donación de órganos. Por ello, esta Corte considera una obligación el que se realicen campañas masivas de información y divulgación, a cargo del Estado, sobre el contenido de la ley que nos ocupa.

Todos los condicionamientos anteriormente expuestos, encuentra la Corte, son necesarios para garantizar y proteger de manera efectiva el derecho que tienen los familiares a otorgar su consentimiento u oponerse a la ablación de órganos del cuerpo inerte de un familiar y a hacerlo de una manera libre, consciente e informada, lo cual, insiste esta Sala, es requisito sine qua non del ejercicio efectivo de las libertades constitucionales, especialmente de la libertad de conciencia y de religión o cultos -art. 18 y 19 CP-, que constituyen el fundamento del derecho de los familiares a consentir u oponerse a la ablación de órganos del cadáver de un familiar fallecido.

VII. DECISIÓN

RESUELVE

Primero. Declarar EXEQUIBLE la expresión “o antes de la iniciación de una autopsia

médico-legal” contenida en el artículo 2º de la Ley 73 de 1988, en el entendido de que para asegurar, en ausencia de declaración de voluntad de la persona fallecida, el ejercicio efectivo del derecho de los familiares a oponerse a la extracción de órganos o componentes anatómicos con fines de donación y trasplante: a) el término para oponerse será mínimo de seis (6) horas y sólo cuando la necropsia haya sido previamente ordenada, se extenderá hasta antes de su iniciación; y b) el médico responsable debe informar oportunamente a los deudos presentes sus derechos en virtud del artículo 2º de la Ley 73 de 1988, sin perjuicio de la obligación del Estado colombiano de realizar campañas masivas de información y divulgación sobre el contenido de la ley.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

RODRIGO ESCOBAR GIL

Presidente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

CON ACLARACIÓN DE VOTO

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

A LA SENTENCIA C-933 de 2007

Referencia: expediente D-6806

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2 (parcial) de la Ley 73 de 1988 “Por la cual se adiciona la Ley 09 de 1979 y se dictan otras disposiciones en materia de donación y transplante de órganos y componentes anatómicos para fines de transplantes u otros usos terapéuticos”

Demandante: Juan Fernando Ramírez Gómez

Magistrado Ponente:

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

En esta oportunidad me limitaré a reiterar lo que he señalado en otras aclaraciones o salvamentos de voto, puesto que no considero pertinente explicar en extenso mi posición sobre lo decidido en la presente sentencia. Basta con señalarla públicamente al votar y

firmar la sentencia, y con expresar mi criterio sobre las opiniones disidentes.

A diferencia de lo que sucede en otros países de tradición romano-germánica, en Colombia existe una sólida y saludable tradición de pluralismo en el ejercicio de la magistratura.⁴⁶ Esta se refleja en tres aspectos: (i) el voto de los magistrados es conocido y divulgado, usualmente en un comunicado oficial de la Corte, lo cual permite a los ciudadanos conocer la posición de cada magistrado, (ii) las sentencias son firmadas por todos los magistrados, lo cual le permite a cada uno señalar públicamente, debajo de su rúbrica, si aclara o salva el voto, (iii) las deliberaciones constan en un acta accesible al público inmediatamente después de ser aprobada por el Pleno de la Corte donde se recogen los argumentos de cada magistrado, y (iv) a la correspondiente sentencia se deben adjuntar las opiniones disidentes de los magistrados, si las hay, o sea, los salvamentos o aclaraciones de voto. Además, la Secretaria General puede certificar cómo voto cada magistrado, si un interesado así lo solicita.

Estos cuatro aspectos - que constituyen una de las fortalezas de nuestra tradición judicial - son separables, como lo demuestra el derecho comparado.⁴⁷ O sea que es perfectamente posible que un magistrado opte por disentir, pero deponga su interés en criticar la sentencia correspondiente, cultivar el individualismo, hacer gala de su conocimiento o mostrar soluciones alternativas que considera más apropiadas. Todo en aras de contribuir a fortalecer a la institución judicial a la cual pertenece y a que las sentencias fijen el sentido de la Constitución con sólida autoridad.

Habrà, por supuesto, casos en que dicha contribución se logre mejor escribiendo una opinión separada, siempre dentro del mayor respeto por la institución. Así lo estimé necesario, por ejemplo, en la sentencia sobre el aborto (C-355 de 2006), la cual compartí enteramente. Escribí una aclaración de voto a dicha sentencia para agregar algunos argumentos fundados en el derecho comparado, con el fin de dar elementos de juicio orientados a impulsar desarrollos futuros en la materia, no para criticar la sentencia.⁴⁸ En cambio, en la primera sentencia en la cual participé sobre la igualdad de las parejas del mismo sexo (SU-623 de 2001), escribí un salvamento de voto conjunto para tratar de abrir el camino hacia evoluciones jurisprudenciales encaminadas a proteger a las parejas del mismo sexo, como en efecto sucedió varios años después sobre bases distintas a las que en 2001 dividieron a la Corte.

Lo mismo hice en temas menos “duros” pero importantes en el contexto colombiano, como la posibilidad de subsanar algunos vicios de procedimiento (C-333 de 2005). Mi orientación anti-formalista me conduce a declarar el vicio pero también a admitir, como lo dice expresamente la Constitución desde 1991, que si se reúnen ciertas condiciones la ley puede ser devuelta para que la falla en el procedimiento pueda ser subsanada. Así sucede ahora frecuentemente con las leyes aprobatorias de tratados públicos. Es que en nuestro contexto hay cuestiones constitucionales de enorme relevancia sobre las cuales cabe anticipar una evolución, lo cual es un aliciente para que la opinión disidente sea escrita, no para atacar a la Corte, sino para sentar bases sólidas que propicien un cambio de jurisprudencia. Ello también ocurrió, por supuesto, antes de la Carta de 1991. Un buen ejemplo de ello es el salvamento de voto del magistrado Luis Sarmiento Buitrago a favor del control material de los decretos declarativos de un estado de excepción durante la vigencia de la Constitución de 1886. Si bien la Corte Suprema de Justicia nunca dio ese paso, en la Constitución de 1991 se plasmaron los fundamentos para que la Corte Constitucional avanzara en esa dirección, como en efecto aconteció.

Fue este espíritu constructivo el que me animó a abstenerme de seguir repitiendo el mismo salvamento de voto (ver, por ejemplo, el que escribí a la T-080 de 2006) a las sentencias de tutela que ordenaban la terminación indiscriminada de cualquier proceso ejecutivo hipotecario denominado en UPAC49. Una vez que la Sala Plena decidió asumir el conocimiento de varias tutelas acumuladas con el fin de unificar la jurisprudencia, dejé de escribir una opinión disidente en las Salas de Revisión en las cuales participé y tampoco lo hice en la sentencia de unificación donde la Corte construyó un enfoque diferente sobre nuevas premisas compartidas por casi todos los magistrados (SU- 813 de 2007).

Ahora bien, las sentencias de la Corte cumplen una misión trascendental consistente en fijar el significado de la Constitución. Por lo tanto, la decisión de escribir una opinión separada o disidente también implica una responsabilidad primordial: articular una crítica útil a la sentencia de la Corte, en especial cuando dicha sentencia puede llegar a constituirse en un precedente. Si una opinión separada o disidente no puede ser orientada en ese sentido, el juez que salve o aclare su voto puede satisfacer sus convicciones jurídicas simplemente anunciado que no está de acuerdo con la Corte.

Así interpretó el famoso jurista Roscoe Pound el dilema de escribir o no opiniones disidentes,

en un artículo publicado en 1953⁵⁰. Para Roscoe Pound la actitud de varios jueces movidos por la vanidad o el orgullo personal, que creían que tenían que escribir una opinión individual para cualquier caso, era contraproducente desde el punto de vista del progreso del derecho. Por eso destacó el siguiente canon de ética judicial: “Un juez no debe ceder a la vanidad de su opinión ni valorar de manera más alta su reputación individual que la de la Corte a la cual le debe lealtad.” (Canon 19, parágrafo 3, ABA, 1924). De tal forma que hay una diferencia entre anunciar un desacuerdo y, adicionalmente, escribir en extenso una crítica de la sentencia de la cual el magistrado difiere.

Frecuentemente se pasa por alto que inclusive en Estados Unidos donde, a diferencia de Europa, existe una larga tradición de admitir las opiniones disidentes, varios magistrados entendieron que, en determinadas circunstancias, tanto la certeza del derecho como la solidez de la Corte aconsejan reducir el disenso y promover la unanimidad. Es bien sabido, por ejemplo, que el jurista Earl Warren trabajó arduamente para conseguir que la sentencia *Brown v. Board of Education* – mediante la cual se puso fin a la segregación racial en los colegios públicos- fuera unánime. Así mismo, John Marshall solo escribió nueve opiniones disidentes en cuarenta y cuatro años de ejercicio de la magistratura, puesto que comprendió que el nacimiento del control constitucional y la consolidación de la Corte investida de la autoridad para decir qué dice la Constitución, requería de una clara cohesión institucional. Por esa misma razón, Marshall aceptó ser magistrado ponente de sentencias con las cuales estaba en desacuerdo.⁵¹

Además, en este caso el ímpetu de afinar la pluma para criticar la sentencia se ha desvanecido después de tranquilas reflexiones en torno al sentido de las opiniones separadas o disidentes. Estas me han llevado a darme cuenta de que aun los juristas admirados por la claridad, elocuencia, pertinencia y seriedad de sus opiniones disidentes, estimaban que no tenía sentido insistir, una y otra vez, en escribir de manera individual la posición que expresaron en las deliberaciones y mucho menos las que habían sostenido a lo largo del tiempo. No se debe olvidar que Oliver Wendell Holmes – denominado el gran disidente – sostenía que cuando un magistrado escribe un salvamento o aclaración de voto debe recordar que “esta dando su punto de vista sobre el derecho, no peleando con otro gallo”. Esto llevó en múltiples ocasiones al magistrado Holmes a señalarles a los colegas de la Corte con los cuales compartía una opinión disidente, que debían modificar los términos empleados en el escrito correspondiente para respetar el principio ético de la civilidad en el

disentimiento.

No se trata de seguir una regla de consenso, inapropiada en un contexto pluralista y en todo caso superada por la divulgación de los votos de cada magistrado. El objetivo esencial es contribuir a la consolidación de una institución que, como la Corte Constitucional, adopta decisiones que definen el rumbo del país en temas que despiertan enorme sensibilidad, tienen un impacto profundo o están sujetos de manera recurrente a la dura prueba del litigio constitucional.

Entonces, honro esa responsabilidad consustancial a la administración de justicia, que ha de ser tenida en cuenta por el juez constitucional cuando – más allá de hacer pública su posición al advertir que salva o aclara el voto – decide escribir una opinión disidente: la voz individual del magistrado debe contribuir a esclarecer el derecho, en lugar de confundir, y debe inscribirse en el respeto por la majestad de la justicia, en lugar de tratar de deslegitimarla.

Fecha ut supra,

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

1 Editorial Verbo Divino, Cuarta Edición, 1998, Págs. 334 y ss.

2 Sobre algunos problemas éticos y jurídicos que suscita la donación por menores, ver, entre otros, de la American Medical Association el documento E-2. 67 “The Use of Minors as Organ and Tissue Donors” consultado en Internet en www.ama-assn.org/ama/pub/category

3 Ver al respecto, L D de Castro. “Human organs from prisoners: kidneys for life” en *Journal of Medical Ethics* 2003;29:171-175.

4 Sobre las posibilidades y límites de un sistema de consentimiento presunto para efectos de transplante, ver V English and A Sommerville “Presumed consent for transplantation: a dead issue after Alder Hey?” en *Journal of Medical Ethics* 2003; 29:147-152

5 Sobre la discusión ética de las posibilidades y límites de las recomendaciones destinadas a

autorizar la remoción de órganos de cadáveres, incluso contra la voluntad manifestada por la persona en vida, ver C L Hamer and M M Rivlin. "A stronger policy of organ retrieval from cadaveric donors: some ethical considerations" en Journal of Medical Ethics 2003;29:196-200

6 Ver Hans Jonas. Técnica, medicina y ética. Barcelona, Piado, 1997, capítulo 10 sobre muerte cerebral y bancos de órganos.

7 Para una defensa de esa posición, ver H E Mesón. "It is immoral to require consent for cadaver organ donation" en Journal of Medical Ethics 2003;29:125-127

8 Sobre este debate, ver Donald Joralemon "Shifting ethics: debating the incentive question in organ transplantation" en Journal of Medical Ethics 2001; 27:30-35

9 En términos médicos se considera que la muerte cerebral se produce cuando una persona tiene una lesión cerebral que ocasiona el cese total e irreversible de la actividad de todo el cerebro, lo cual se diferencia del estado de coma en que puede encontrarse un paciente, caso en el que la persona está viva aunque padece una severa enfermedad neurológica. Sobre el debate respecto del concepto de muerte, los distintos tipos de muerte, y la muerte cerebral, existe una vasta bibliografía. Dentro de la bibliografía especializada se puede consultar:

- Centanaro M.D., Gabriel, "Muerte Encefálica", artículo consultado en Internet.
- García, Valeria y Romano, Santiago Javier, "Trasplante - materiales comunes", en Bioética & Derecho, en: www.bioetica.org/bioetica/mono24.htm, 2006.
- Eslava Gómez, Euclides. Controversias sobre la Muerte Cerebral. En: Persona y Bioética # 6, febrero - mayo de 1999, págs. 43-55.
- Escribar, Ana, "Reflexiones desde la filosofía en relación al criterio de muerte cerebral", en Bioética y Derecho, consultado en www.bioetica.org/bioetica/muerte3.htm, 2006.
- Sarmiento Median, Pedro José. La Bioética de los Transplantes de órganos. En: Persona y Bioética #9-10, enero -agosto de 2000, págs. 115-132.

- Cervós Navarro, Jordi. Muerte Cerebral. En: Persona y Bioética #11, septiembre-diciembre de 2000, págs. 9.

- Eslava Gómez, Euclides. Bioética y Transplantes. En: Persona y Bioética # 15, enero-abril de 2000, págs. 39-56.

10 Sobre los problemas éticos de las definiciones de muerte y su relación con los trasplantes, ver I H Kerridge, P Saul, M Lowe, J McPhee and D Willia. "Death, dying and donation: organ transplantation and the diagnosis of death" en Journal of Medical Ethics 2002;28:89-94. Ver también Greenberg G. "As good as dead" en The New Yorker 2001 Agosto 13; 36-41. Ver también Seltzer DL, Arnold RM, Siminoff LA. "Are non-heart-beating cadaver donors acceptable to the public?" en Journal of Clinical Ethics 2000 Winter; 11(4):347-57.

11 Ver Brena Sesma, Ingrid, "Reflexiones jurídicas en torno a los sujetos que intervienen en un trasplante de órganos", en Revista Jurídica: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Biblioteca Jurídica Virtual, en internet.

12 Sobre este punto ver García, Valeria y Romano, Santiago Javier, "Trasplante - materiales comunes", en Bioética & Derecho, en: www.bioetica.org/bioetica/mono24.htm, 2006.

13 Ver también Brena Sesma, Ingrid, "Reflexiones jurídicas en torno a los sujetos que intervienen en un trasplante de órganos", en Revista Jurídica: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Biblioteca Jurídica Virtual, en internet.

14 Nuñez Muñiz, Carmen, "Respeto a la voluntad del fallecido en la legislación sobre trasplantes de órganos", Boletín de la Facultad de Derecho, Madrid, España, UNED, núm. 7, 1994, p. 342.

15 Gordillo Cañas, Antonio, "Trasplante de órganos: "pietas" familiar y solidaridad humana", Madrid, Civitas, 1987, p. 89.

16 Trigo Represas, Félix, "la Responsabilidad civil en el trasplante de órganos humanos. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, anales año XXXVIII, No. 31, cit. Por Bustamante Alsina en: Bustamante Alsina "Determinación del momento de la muerte y la presunción legal del consentimiento del dador en el trasplante cadavérico de

Órganos, LL Tomo 1994-E, Sec.Doctrina, Pág. 1338. Ver también Wierzba, Sandra, Salamon, Viviana, Logomarsino, Nicolás, “Transplante de órganos: la importancia de la información a la comunidad”, en Bioética & Derecho, en: www.bioetica.org/bioetica/legisrios8.htm, 2006.

17 Sobre este tema ver Wierzba, Sandra, Salamon, Viviana, Logomarsino, Nicolás, “Transplante de órganos: la importancia de la información a la comunidad”, en Bioética & Derecho, en: www.bioetica.org/bioetica/legisrios8.htm, 2006. Ver también Bustamante Alsina, “Determinación del momento de la muerte y la presunción legal del consentimiento del dador en el trasplante cadavérico de Órganos, LL Tomo 1994-E, Sec.Doctrina.

18 Garzón Valdez, Ernesto, “algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos”, Isonomía, México, Núm. 1, octubre de 1994, p. 177.

19 Vásquez, Rodolfo, “Consentimiento y extracción de órganos”, Isonomía, México, ITAM, núm. 1, octubre 1994, p. 193.

20 Brena Sesma, Ingrid, “Reflexiones jurídicas en torno a los sujetos que intervienen en un trasplante de órganos”, en Revista Jurídica: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Biblioteca Jurídica Virtual, en internet.

21 Ibidem, p.198.

22 Gouvêa Medina, Roberto de, “Donación de órganos del cuerpo humano”, Revista, da ordem dos advogados do Brasil, año XXVI, núm. 63, julio-diciembre de 1996, p.65. Citado por Brena Sesma, Ingrid, “Reflexiones jurídicas en torno a los sujetos que intervienen en un trasplante de órganos”, en Revista Jurídica: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Biblioteca Jurídica Virtual, en internet.

23 Bergoglio de Brouwer de Koning, María Bertoldi de Fourcade, María Virginia, “Trasplante de órganos entre personas, con órganos de cadáveres”, Buenos Aires, Hammurabi, 1983, p. 258.

24 Brena Sesma, Ingrid, “Reflexiones jurídicas en torno a los sujetos que intervienen en un trasplante de órganos”, en Revista Jurídica: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Biblioteca Jurídica Virtual, en internet.

25 Opus cit.

26 Bergoglio de Brouwer de Koning, María Bertoldi de Fourcade, María Virginia, "Trasplante de órganos entre personas, con órganos de cadáveres", Buenos Aires, Hammurabi, 1983, p. 20 y ss.

27 Ver sentencias T-164 de 1994 y T-462 de 1998.

28 En Argentina la Ley 24.193 consagra lo relacionado con los trasplantes de órganos y material anatómico.

29 Sobre este punto se puede consultar a García, Valeria y Romano, Santiago Javier, "Trasplante - materiales comunes", en Bioética & Derecho, en: www.bioetica.org/bioetica/mono24.htm, 2006.

30 Ver Wierzba, Sandra, Salamon, Viviana, Logomarsino, Nicolás, "Transplante de órganos: la importancia de la información a la comunidad", en Bioética & Derecho, en: www.bioetica.org/bioetica/legisrios8.htm, 2006.

31 Wierzba, Sandra, Salamon, Viviana, Logomarsino, Nicolás, "Transplante de órganos: la importancia de la información a la comunidad", en Bioética & Derecho, en: www.bioetica.org/bioetica/legisrios8.htm, 2006.

32 Ver Brena Sesma, Ingrid, "Reflexiones jurídicas en torno a los sujetos que intervienen en un trasplante de órganos", en Revista Jurídica: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Biblioteca Jurídica Virtual, en internet.

33 Ibidem.

34 Ver Cifuentes, Santos, "Los trasplantes de órganos cadavéricos", Ed, T.154, Pág. 922.

35 Capítulo III de la ley relativa a la extracción y trasplantes de órganos del 13/6/86 -en Anales del Senado del 1º y 4/7/85, y Anales de la Cámara de Representantes del 3 y 4/6/86-, modificado por la ley del 17/2/87 -en Anales de la Cámara de Representantes del 4/12/86 y del Senado del 29/1/87 y del 5/2/87.

36 Ley del 27/10/79, No. 30/79, Boletín Oficial del Estado núm. 266 de 1979. Real Decreto

411/1996, de 1 de marzo, por el que se regulan las actividades relacionadas con la utilización de tejidos humanos. Real Decreto 2070/1999 (30 de diciembre de 1999), por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial de la donación y trasplante de órganos y tejidos.

38 En vida, el cuerpo humano es el sustrato de la persona: “Se dice que es la persona misma”. Sin embargo, muerto el donante desaparece el gran obstáculo de la integridad física entendida ésta en función del bien de la vida y de la persona. Ver Gordillo Cañas, opus cit, pág. 62. Ver también Brena Sesma, Ingrid, “Reflexiones jurídicas en torno a los sujetos que intervienen en un trasplante de órganos”, en Revista Jurídica: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Biblioteca Jurídica Virtual, en internet.

1 URIBE CADAVID Julián, “Situación jurídica del cadáver humano” en, Estudios de Derecho, Universidad de Antioquia, N° 57, 1960. pp. 117-122.

40 Sentencia T-162 de 1994, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz

41 Ver sentencia T-162 de 1994.

42 Sobre trasplante de órganos ver entre otras las Sentencias T-338, T-678, T-974 sobre transplante alogénico de médula ósea con células de cordón umbilical, T-1037 y T-1131, todas del 2004.

43 Ver Kant, Immanuel, “Fundamentación a la Metafísica de las Costumbres”.

44 Sobre este tema consultar fundamentalmente Rawls, John, “El liberalismo político”, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

45 Ver la sentencia T-104 de 1996.

46 Desde el siglo XIX los magistrados han podido salvar o aclarar el voto. Sin remontarnos más allá de la vigencia de la Constitución de 1886, cabe resaltar que en la primera sentencia en la cual se juzgó, en control previo, un acto del legislador, se presentaron salvamentos de votos.

47 En efecto, en Francia están prohibidas las opiniones disidentes en el Consejo

Constitucional, pero las actas de sus deliberaciones son públicas, varias décadas después de su aprobación. En Estados Unidos están permitidas las opiniones disidentes, pero no existen actas de las deliberaciones. Mucho de la evolución del pensamiento de la Corte estadounidense queda consignado por escrito en los memorandos y notas oficiales que se cruzan los magistrados, los cuales son públicos también después de varias décadas. En Alemania, después de un complejo y extenso proceso, se pasó de la interdicción de las opiniones disidentes a su admisión. Ello sucedió a raíz del famoso caso Spiegel, resuelto en 1966, en el cual los magistrados se dividieron 4 contra 4. Ante la ausencia de mayoría por la inconstitucionalidad, el acto controvertido en dicho caso se consideró convalidado. Para entonces, las opiniones disidentes no estaban permitidas. Entonces, la Corte Constitucional alemana optó por publicar las dos opiniones enfrentadas como parte de la sentencia misma, sin divulgar los nombres de los magistrados. Ello suscitó un debate sobre si las opiniones disidentes deberían ser permitidas. En 1968 se llevó a cabo un debate apasionado al respecto en el Congreso de Derecho, organizado por la asociación de juristas. Luego de una votación, los juristas se inclinaron a favor de permitir las aclaraciones y salvamentos de voto, a pesar de que los magistrados que integraban las cinco altas cortes alemanas votaron en contra (158 contra 65). En 1970, el Parlamento modificó la Ley Orgánica de la Corte Constitucional Federal alemana para permitir las opiniones disidentes.

48 Inclusive respecto de estas cuestiones tan álgidas, algunos magistrados han preferido abstenerse de hacer públicas las razones de su posición. En Alemania, en la primera sentencia sobre el aborto, dos magistrados escribieron sus opiniones disidentes. Por eso, se cree que la votación fue 6 contra 2. No obstante, en realidad fue una sentencia 5 contra 3, ya que uno de los magistrados de la minoría decidió no escribir un salvamento de voto.

49 Los puntos de mi disenso se originaron en que a mi juicio la tutela no debía ser concedida sin verificar si el interesado había solicitado la terminación del proceso, si el inmueble estaba efectivamente destinado a vivienda, si el deudor había aceptado la reliquidación del crédito o si el inmueble ya había sido adjudicado a una familia que lo adquirió de buena fe para vivir en él

50 Roscoe Pound. *Cacoethes Dissentiendi: The Heated Judicial Dissent*. 39 A.B.A.J. (1953), 794.

51 El justicia Antonin Scalia, un vigoroso disidente en la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, critica esta actitud en un ensayo sobre la opinión disidente. Ver *The Dissenting Opinion*. 1994 *J. Sup. Ct. Hist.* 33.