

TENSIONES ENTRE LA PRESUNCIÓN DE DONACIÓN DE ÓRGANOS EN COLOMBIA Y EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD SOCIAL

Por: RICARDO ALFONSO REINA ZAMBRANO¹

ÓSCAR SANTIAGO LÓPEZ PARRA²

RESUMEN

El principio de la solidaridad social tiene intrínseco los fundamentos filosóficos y morales, propios de un Estado social de derecho, modelo acogido y consagrado con la expedición de la Constitución de 1991; es visto de igual manera, a título de ejemplo, como principio que desarrolla el sistema de seguridad social en Colombia, casos como la protección al trabajador cesante, entre otros.

Descendiendo al objeto del artículo de investigación, a partir de la expedición de la normatividad que regula la donación de órganos, desde las Leyes 9ª de 1979 hasta la 1805 de 2016 Colombia estableció, a partir del principio constitucional de la solidaridad social, un sistema presuntivo para aquellos casos donde la persona en vida no consintió la no donación de sus órganos, sin embargo se sostiene que dicha presunción legal afecta disposiciones de rango constitucional, pues si bien se pretende desarrollar el principio de la solidaridad como fin esencial del Estado, a través de la intervención de todos sus actores, las disposiciones que regulan la donación de órganos amenazan el derecho constitucional a la autonomía de las personas, al presumir que la actitud pasiva del individuo puede interpretarse como una manifestación tácita para el Estado disponer de sus órganos, tejidos o componentes anatómicos.

¹ Abogado egresado de la Universidad Libre, Seccional Pereira. Estudiante de la Especialización de Derecho Constitucional. Contacto: ricardo.reina.z@gmail.com.

² Abogado egresado de la Universidad Libre, Seccional Pereira. Estudiante de la Especialización de Derecho Constitucional. Contacto: oscarsantiagolopezparra@gmail.com.

Palabras clave

Donación de órganos, solidaridad social, sistema presuntivo, autonomía personal.

ABSTRACT

The principle of social solidarity has intrinsic the philosophical and moral foundations, typical of a Social State of Law, a model accepted and consecrated with the issuance of the 1991 Political Constitution, it is seen in the same way, by way of example, as a principle that develops the social security system in Colombia, cases such as the protection of the unemployed worker, among others.

Descending to the object of the research article, from the issuance of the regulations that regulate organ donation, from Law 9 of 1979 to Law 1805 of 2016; Colombia, established from the constitutional principle of social solidarity, a presumptive system for those cases where the person in life did not consent to the non-donation of their organs, however, we maintain that said legal presumption provisions of constitutional rank, because although aims to develop the principle of solidarity as an essential end of the State through the intervention of all its actors, the provisions that regulate organ donation threaten the constitutional right to autonomy of people, by presuming that the passive attitude of the individual can interpret as a tacit manifestation for the State to dispose of its organs, tissues or anatomical components.

Keywords

Organ donation, social solidarity, presumptive system, personal autonomy.

INTRODUCCIÓN

En Colombia a partir de la Ley 9ª de 1979 la donación de órganos, en un primer momento, se estableció como un mecanismo que sin un consentimiento en vida que hiciera el presunto donante este no estaba en la obligación de responder, bajo el principio de solidaridad social, con otra persona que se encontrara en las dificultades para la donación, pues históricamente la donación de órganos se tornó como un asunto meramente complejo para el Estado a partir de diferentes concepciones que tiene la población sobre dichos procedimientos. Fue a partir de la Ley 73 de 1998, afianzada bajo la Ley 1805 de 2016, que la concepción del Estado a partir de un modelo presuntivo fue tomando rumbo.

Se estudiará entonces los antecedentes históricos en Colombia a partir de una revisión normativa, para continuar con una mirada a la Ley 1805 de 2005, así como las experiencias que han tenido en el plano del derecho comparado los países de Chile, México y España, con el fin de determinar la incidencia del método presuntivo a la hora de elevar o no la donación de órganos.

Enseguida se abordará el principio de solidaridad social, versus derecho a la autonomía personal y familiar, aplicando este a la donación de órganos, así como reglas y subreglas de interpretación frente a la presunción de donación de órganos en Colombia.

Por último, se plantean los retos del modelo de presunción de órganos en Colombia, analizando en grado de afianzamiento de políticas sociales para promover la donación de órganos y el interés de la bioética y la donación de órganos en Colombia, para luego brindar unas conclusiones y tratar de responder a la pregunta: ¿El principio de solidaridad social justifica la donación de órganos en ausencia de consentimiento expreso?

1. DONACIÓN DE ÓRGANOS EN COLOMBIA

1.1. ANTECEDENTE HISTÓRICO Y EVOLUCIÓN NORMATIVA

En Colombia no fue sino hasta la década de los cuarenta en donde se conoció que en Bogotá se realizó el primer trasplante de cornea del país. Luego, en 1959, en la misma ciudad, se realizó el primer trasplante de válvulas cardíacas, y hacia 1979, en Medellín, se logró trasplantar un hígado (Secretaría de Salud de Bogotá, 2012), prácticas que conllevaron a la expedición de la Ley 9ª de 1979, la cual contempló que sólo se podrá proceder a la utilización de órganos cuando se cumplan cualquiera de los siguientes requisitos: consentimiento del donante, consentimiento del receptor, consentimiento de los deudos (pariente o familiar), abandono del cadáver o presunción legal de donación.

Aquella norma en su momento trajo múltiples interpretaciones, al punto de plantearse que existían vacíos al no contemplar, por ejemplo, que para los casos en que haya donantes *post-mortem* se requería solo el consentimiento de los deudos, o también el del donante cuando este lo haya manifestado en vida, sin embargo hubo un momento de confusión, pues bajo la Ley 73 de 1988 se dijo que:

Artículo 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 a iniciación de una autopsia médico-legal, sus deudos no acreditan su condición de tales ni expresan su oposición en el mismo sentido.

Establecido el mecanismo presuntivo, ya dicha norma consagraba a toda la población mayor de edad colombiana como donantes de órganos, a menos que en vida hayan ejercido el derecho a oponerse a tal presunción, con la duda de que si es obligación que el donante exprese su consentimiento, o si este es tácito de acuerdo a la presunción, oposición que, en primera medida, la norma no determinó el mecanismo para ello, y el llamado a resolver el asunto fue el Decreto Reglamentario 2493 de 2004, el cual permitió que las personas se certificaran como donantes o, en sentido contrario, sin embargo, aumentó más la confusión, pues ya este decreto contrariaba la presunción legal, por lo que tuvo que ser el máximo órgano en materia constitucional quien tuviera que expedir la Sentencia C-933 para dirimir ese asunto, al considerar que:

(...) 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 (Corte Constitucional, 2007).

La Corte Constitucional (2007) en esa misma sentencia hace un llamado a que las personas deben estar en un grado de suficiente ilustración para otorgar su consentimiento, pues se trata de una posición activa que debe ser asumida por el donante o un familiar.

1.2. UNA MIRADA A LA LEY 1805 DE 2016: SISTEMA PRESUNTIVO ABSOLUTO

Debemos tener en cuenta que fue desde la Ley 73 de 1988 que Colombia adoptó un sistema presuntivo de donación de órganos, sin embargo, como viene de verse, aquella disposición generó más dudas que aciertos, por lo que fue necesario plantearse una reforma al sistema de donación de órganos, siendo mediante la expedición de la Ley 1805 de 2016 que llegó, en un

momento en el cual Colombia en los años 2012 y 2013 tuvo tendencia a la baja en actividades de trasplantes y donación de órganos (CHAPARRO, G., 2017), y que por consiguiente llegaba para infirmar que *“la voluntad de donación expresada en vida por una persona solo puede ser revocada por ella misma y no podrá ser sustituida por sus deudos y/o familiares”* (art. 2°, parágrafo 1), cambiando el panorama totalmente, pues prohibió la participación de los deudos o familiares y estableció que el opositor deberá expresar *“mediante un documento escrito que deberá autenticarse ante Notario Público y radicarse ante el Instituto Nacional de Salud (INS), También podrá expresarse la negativa a la donación al momento de la afiliación a la Empresa Promotora de Salud (EPS), la cual estará obligada a informar al Instituto Nacional de Salud (INS)”* (Ley 1805 de 2016, art. 4°).

Con esta ley Colombia bajó el sistema de presunción absoluta, lo cual implica que, en total ausencia de voluntad por parte del donante, la persona tácitamente aceptó donar sus órganos, por lo que no se requiere autorización de los familiares para que la presunción legal opere, y en consecuencia el Estado puede adelantar la donación sin ningún requerimiento adicional (DIAGO, C., s.f.), lo que fue asumido así por el país, pues en la exposición de motivos de la ley se hizo referencia a que *“Colombia exige una verdadera reformulación de la política de donación y trasplantes. El promedio es solo de 14.7 personas por millón de habitantes, en comparación con España que tiene una tasa de donantes de 34.2 donantes por millón de habitantes”* (Exposición de Motivos, Proyecto de Ley 91 de 2014, p. 19), introduciendo a la donación de órganos *post-mortem* motivos de solidaridad social, lo cual es definido como un principio diseñado para convertirse en una pieza clave del interés social y público, de forma tal que, en aplicación a lo tratado acá, visualiza al cadáver de una persona fallecida como un bien público o propiedad del Estado, del que puede disponer libremente, concibiéndose como un bien con función social.

Hay quienes inclusive ya pronostican la debacle de la nueva regulación, pues lo que hizo Colombia al trasladar el diseño español fue prestarle más atención al método de cómo se iban a generar los trasplantes y donación, esto es, bajo el sistema de presunción absoluta y no sobre lo que representó el verdadero éxito en ese país, que fue la adopción de una eficiente organización de los servicios de trasplante (DEFFAINS & YTHIER, 2010).

1.3. EXPERIENCIAS DE DERECHO COMPARADO: SISTEMA DE DONACIÓN DE ÓRGANOS EN ESPAÑA, BRASIL Y CHILE

El país ibérico con la Organización Nacional de Trasplantes, fundada en 1989 por MATESANZ (2008), líder mundial en estos asuntos, indujo, entre otras medidas, la creación de una red nacional de coordinadores, con un perfil específico y distinto al de otros países europeos; se conoce internacionalmente como “*Spanish Model*”, el cual cuenta con amplia gama de fundamentos básicos, tales como:

- (i) coordinadores de trasplantes a nivel nacional, autonómico y hospitalario;
- (ii) todas las decisiones técnicas se toman por consenso en una Comisión del Consejo Interterritorial formado por los responsables de la coordinación nacional y de cada una de las autonomías;
- (iii) un programa de calidad en el proceso de donación de órganos, en realidad una auditoría continua de muerte encefálica en las unidades de vigilancia intensiva, llevada a cabo por los coordinadores de trasplante;
- (iv) La oficina central de la ONT actúa como agencia de servicios en apoyo de todo el sistema. Está encargado de la distribución de órganos, la organización de los transportes, el manejo de las listas de espera, las estadísticas, la información general y especializada y en general cualquier acción que pueda contribuir a mejorar el proceso de donación y trasplante (pp. 12-14).

Lo anterior, entre otras características que le han brindado a España tener una sólida estructura, independiente del modelo presuntivo o no; se considera allí que para tener éxito es necesario contar con un respaldo médico importante, así como de instituciones fuertes que impulsen la donación.

Por su lado, en Brasil se adoptó desde 1997 una ley de donación de órganos, eliminando en similares circunstancias de la Ley 1805 de 2016 que los familiares se pudieran oponer a la donación, lo que generó rechazo por las asociaciones médicas, al punto que los profesionales de la salud se rehusaron a remover los órganos de las personas fallecidas sin el consentimiento de sus familiares (CSILLAG, 1998), por lo que le tocó a gobierno corregir la ley en ese punto. y permitir que los médicos tuvieran el permiso expreso de los familiares del potencial donante.

En Chile, con la publicación de la Ley N° 20.413 de 2010, en lugar de aumentar las tasas de donación crearon un efecto contrario y generaron una verdadera disminución de las cifras de trasplantes y donación. Así fue referido por la Cámara de Diputados de Chile (2011):

Durante el año 2010 se registraron 92 casos de donantes efectivos, cifra que correspondió a la más baja en los últimos 15 años, y que representó una disminución de 17% en relación al año anterior (2009) y de casi 40% frente al periodo 2006 [...] Causando además que Chile tuviera una de las peores tasas de donación de Sudamérica con 7 personas por millón de habitantes en 2010 (p. 60).

Siendo la ley modificada en 2013 (Ley 20.673) para brindarle voz a los familiares.

Dado el anterior panorama, sobre los mecanismos de donación de órganos y trasplante, que guardan mucha similitud con Colombia, pues además que las leyes promulgadas en cada país guardan mucha relación en cuanto a la exposición de motivos y su estructura legal, se tiene que en estos países latinoamericanos existe una gran deuda con la ciudadanía en cuanto a la ausencia de organizaciones fuertes, sean estatales o no, que brinden acompañamiento, tecnología y técnicas adecuadas que permitan, de manera eficiente, adelantar los procesos de donación de órganos con todas las garantías y cumplimiento de todos los protocolos dispuestos para el asunto.

Lo que se pudo extraer de la experiencia española es que, a pesar de contar con un mismo cuerpo legislativo, tiene fortaleza tecnológica y física para cumplir con lo anotado. El riesgo que tiene Colombia a la hora del trasplante de órganos es que, bajo los cuestionamientos existentes, no se logre llegar a los objetivos trazados en la ley, y se tenga que reformar, sea por vía judicial o legislativa, el actual sistema presuntivo de órganos.

2. PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD SOCIAL VERSUS DERECHO A LA AUTONOMÍA PERSONAL Y FAMILIAR

La solidaridad social se erige en nuestra Constitución de 1991 como principio rector para la consecución de los fines esenciales del Estado (art. 1°), siendo así como las personas y ciudadanos colombianos, acorde a dicho principio, están llamados a responder “*con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida y la salud de las personas*” (art. 95 núm. 2), no obstante el deber social antes citado limita con el derecho fundamental de la autonomía personal (art. 16), entendiendo este último como la libertad del ser humano para decidir sobre su comportamiento individual y social después de un ejercicio básico de razonamiento, a través del cual los conocimientos adquiridos a lo largo de su vida le permiten adoptar una posición en relación a

determinada situación afrontada por otro ser humano que tiene en riesgo la salud y/o la vida.

Si bien el principio de solidaridad es necesario para lograr los fines del Estado social de derecho, es claro que inicialmente se debe garantizar a las personas el ejercicio libre de sus derechos fundamentales, al ser inherentes de su condición humana, y una vez se cumple con esta premisa universal se debe inculcar el cumplimiento de sus deberes sociales, para lo cual debe existir por parte del individuo la firme voluntad de un actuar humanitario, siendo indispensable que medie la manifestación libre y espontánea de querer proceder de determinada manera o que, ante la imposibilidad de la persona para pronunciarse por situaciones de incapacidad mental, sus familiares más cercanos puedan decidir en igual sentido, pues el silencio frente a ello no se puede presumir como la aceptación de un criterio legal amparado en el ejercicio del deber de solidaridad social, dado que este silencio constituye una forma de libre expresión que bajo ninguna circunstancia puede ser interpretado como la adopción de una posición positiva o negativa frente a determinado criterio legal, cuando a través de este se está disponiendo de algo inherente al mismo individuo, dado que para ello debe manifestar de manera clara y precisa su voluntad.

Al respecto, tenemos que la Constitución de 1991 ampara tanto derechos como deberes, sin embargo ante la convergencia de ambos se prioriza el ejercicio de derechos fundamentales; es así como a manera de ejemplo, a pesar de ser un deber constitucional participar en la vida política, cívica y comunitaria del país, la persona es libre de ejercer su derecho al sufragio sin que ello signifique que su no participación en el proceso electoral (actitud pasiva de la persona) es la manifestación positiva o negativa frente a determinado candidato o iniciativa sometida a consulta.

Si bien el correcto proceder debería ser que el ciudadano acuda a la urna y elija una propuesta política, el Estado ante la ausencia del sufragante no puede presumir que se ha aceptado lo sometido a aprobación.

2.1. PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD SOCIAL FRENTE A LA DONACIÓN DE ÓRGANOS

La donación de órganos en Colombia se presenta en desarrollo del principio constitucional de la solidaridad social, es así como a través de dicho principio una persona sede un órgano u órganos biológicos de su cuerpo a otra persona que presenta deficiencias de salud o riesgo de muerte por el mal funcionamiento de determinado o determinados órganos. Para ello la Ley 1805 de 2016 desarrolla los requisitos legales en que se debe dar esta donación, estableciendo para el efecto que el consentimiento del donante se presume cuando en vida dicha persona no se ha opuesto a que de su cuerpo se extraigan *“órganos, tejidos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos”* (art. 3º) con lo que el legislador estima que de manera voluntaria el presunto donante en vida no ejerció su derecho a oponerse, lo cual se constituye en un consentimiento legal.

A través de la solidaridad en la ciencia médica se ha logrado gestar grandes beneficios que mejoran la calidad de vida en personas con determinadas afecciones de salud, al grado de considerarse estos como curas a enfermedades o patologías que se presentan con mayor frecuencia en determinados grupos de personas focalizadas; sin embargo, en Colombia el actuar humanitario de las personas en la donación de órganos, de acuerdo a la actual legislación, no exige de la participación directa del donante mediante su consentimiento expreso, determinación consagrada en el artículo 2º de la Ley 1805 de 2016 que impone a la persona la carga de manifestar su no voluntad de permitir que después de su muerte se extraigan partes orgánicas de su cuerpo, para que el Instituto Nacional de Salud determine a quién se le trasplantan o, en su defecto, destine el uso terapéutico del mismo.

Según la Real Academia Española (2014) la palabra donación se define en su diccionario como la *“Liberalidad de alguien que transmite gratuitamente algo que le pertenece a favor de otra persona que lo acepta”* (versión 23.4 en línea), sin embargo, para una mejor comprensión del alcance de esta palabra, es necesario tener presente el significado del verbo donar, el cual la misma obra de consulta define como *“Ceder voluntariamente su sangre, algún órgano, etc., con destino a personas que lo necesitan / Disponer que algún órgano propio sea utilizado para trasplante después de la muerte”* (versión 23.4 en línea). Del análisis morfológico de la palabra se tiene que la voluntad de la persona es un elemento ineludible en el concepto de donación. Ahora bien, en relación a la voluntad de las personas la misma se entiende como una manifestación libre y espontánea, como facultad propia del ser humano para decidir y ordenar su propia conducta.

El principio de la solidaridad social como deber constitucional de las personas reclama de estas un actuar humanitario, concibiéndolo como la participación voluntaria de estos en situaciones donde otros conciudadanos requieren de su ayuda; así, el Estado como garante de las libertades individuales debe dar la oportunidad a las personas de decidir –tal y como se hace en vida– si después de su fallecimiento entrega de manera gratuita sus partes orgánicas al Estado para que disponga si ellas se trasplantan a otras personas o se emplean para usos terapéuticos indeterminados.

Si bien el artículo 95 de la Carta de 1991 establece la obligación de cumplir la Constitución y las Leyes, la solidaridad social funge como un deber ciudadano permitiendo de este modo a la persona decidir de manera libre y espontánea si desea actuar de manera humanitaria, y es que esta diferenciación entre obligación y deber brinda al ciudadano la posibilidad de ejercer su derecho a decidir, dado que mientras una obligación exige el cumplimiento de lo ordenado en el deber, se puede optar por cumplir o no lo ordenado, recalcando que la decisión que adopte la persona debe constar como una manifestación

clara y precisa, sin que esto quiera decir que el Estado puede presumir la voluntad de una persona cuando ella en vida no la ha expresado, pues dicho actuar desconoce libertades individuales y está transformando un deber social constitucional en una obligación legal.

Dicho lo anterior, es poco acertado manifestar que el artículo 2° de la Ley 1805 de 2016 garantiza el ejercicio de libertades individuales de las personas al transferir al Estado el poder de decisión sobre las partes orgánicas una vez la persona deja de existir, desconociendo de tajo la voluntad de los familiares más cercanos, cuando esta en vida no manifestó su voluntad de donar sus *órganos, tejidos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos*.

2.2. DERECHO A LA AUTONOMÍA PERSONAL Y FAMILIAR

El ser humano a lo largo de la historia ha demostrado la necesidad de interactuar con otras personas para lograr un desarrollo individual y social, ya que a través del intercambio de experiencias se crean costumbres, se adquieren conocimientos y se plantean soluciones a las necesidades de su comunidad; el producto de esta práctica social se ha visto reflejado en el establecimiento de normas básicas de comportamiento de cada persona en medio de una sociedad.

En gran medida estas normas de comportamiento son moldeadas por el carácter de cada individuo en uso de la libertad para determinar su destino, siempre y cuando con sus decisiones no se vulneren o amenacen derechos y/o libertades individuales de otras personas.

En el Estado colombiano esta libertad individual se encuentra consagrada en el artículo 16 de la Constitución de 1991, y para ello dicha norma supralegal establece como límites los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico, con lo cual el Estado reconoce que, dada la complejidad del razonamiento

humano, se debe garantizar que este se desarrolle libremente permitiéndosele que adopte decisiones para forjar su personalidad, la que puede definirse como el elemento más íntimo del ser humano y cimiento del razonamiento, a través del cual se puede determinar el comportamiento en sociedad.

Para formar su personalidad el individuo inicialmente, en sus primeros años de vida, hará parte de un núcleo esencial denominado familia, entendida en su concepto más amplio, es decir, más allá de la clásica y descontinuada definición de un hombre y una mujer como elementos necesarios para su conformación. Posteriormente, en su niñez hasta finalizar su adolescencia, el individuo continuará estructurando su personalidad con las experiencias adquiridas al interactuar con su familia y en el medio en el que el Estado proporciona su escolaridad. Finalmente, el individuo, al lograr su mayoría de edad, en uso pleno de su autonomía, adopta hábitos y conductas de vida en sociedad tomando como referente lo aprendido en el medio donde se formó en su infancia y adolescencia.

Con esta breve descripción de las fuentes que forjan la conducta humana es innegable que la sociedad y el Estado son los encargados de moldear los hábitos y costumbres de sus futuros ciudadanos; no siendo esto poco, el constituyente ha dispuesto de unos deberes ciudadanos propios de la vida en sociedad, tal y como lo es la solidaridad. El cumplimiento de estos deberes ciudadanos se encuentra estrechamente relacionado a la formación que recibe el individuo antes de obtener su ciudadanía, pues la ley no puede limitar la autonomía del individuo para tomar decisiones en el desarrollo normal de su vida.

Con esto de presente, la autonomía personal surge como la capacidad del individuo después de un ejercicio de razonamiento para adoptar una decisión en relación a determinada situación. Ahora bien, el ejercicio de dicha libertad se puede observar con la capacidad para disponer de su cuerpo como este

quiera, tanto así que se puede tatuar, perforar, modificar a su gusto y anhelo sin que al respecto el Estado pueda intervenir por dicho comportamiento, así el individuo no lo manifieste en vida, toda vez que dicho proceder no requiere de aval alguno del Estado; en igual medida el individuo puede disponer, en determinado momento de su vida, donar partes orgánicas de su cuerpo previa manifestación expresa de autorizar la extracción de determinado órgano, no obstante, de conformidad con lo señalado en el artículo 2° de la Ley 1805 de 2016, dicha libertad sucumbe cuando este muere, y a renglón seguido el Estado presume que la persona en vida autorizó donar sus partes orgánicas una vez ocurre su fallecimiento.

Al darse esta relevancia a la presunción legal de donación de órganos el legislador está interpretando el silencio de la persona como una manifestación, en uso de su derecho a la autonomía personal, lo cual es abiertamente contrario a la Constitución de 1991, pues como se indicó en precedencia para el ejercicio de este derecho el individuo no está obligado a manifestar su posición –la cual para el caso sería expresar su no consentimiento de donación–, lo que tiene su justificación en el hecho de que el ejercicio de dicha libertad no se encuentra condicionada a la manifestación expresa del ciudadano, y el amparo que se brinda al principio de solidaridad social se desarrolló bajo la premisa de deber, más no de obligación ciudadana, recalcando para el efecto que los deberes y obligaciones ciudadanos son taxativos, y para pasar de un extremo a otro se requiere que previamente se reforme el artículo 95 constitucional, para posteriormente a través de una ley regular su cumplimiento.

No siendo esto suficiente, la Ley 1805 de 2016 desconoce a los familiares como personas cercanas y dolientes del fallecido, y faculta al Estado –quien funge como total desconocido–, ante la ausencia de una manifestación por escrito, para presumir que el fallecido quería donar sus órganos, así hubiese

pensado lo contrario en su lecho de muerte y lo hubiese expresado a quien lo acompañó en esos últimos minutos.

3. RETOS DEL MODELO DE PRESUNCIÓN DE ÓRGANOS EN COLOMBIA

3.1. AFIANZAMIENTO DE POLÍTICAS SOCIALES PARA PROMOVER LA DONACIÓN DE ÓRGANOS

Varios problemas de la actual política de donación de órganos embargan al país, pero sin duda uno de los más preponderantes es sobre aquel que descansa el sistema presuntivo absoluto de donación, que se constituye en un obstáculo que desde las experiencias en derecho comparado con los países de Brasil o Chile, donde tuvieron que reformar sus legislaciones para darle paso al sistema presuntivo relativo, v.gr. que exista oposición por parte de los familiares o personas con algún parentesco del potencial donante, el gobierno nacional no tuviera en cuenta la legislación suramericana para adecuar el sistema, tal como puede desprenderse de la exposición de motivos de la Ley 1805 de 2016, donde solo se tuvo en cuenta la política social del modelo español, sin embargo implica que el argumento del interés general que trae consigo la presunción absoluta esté o se desentienda de las reales necesidades del país, pues incluso tal sistema solo fue constituido para para acrecentar las donaciones casi “a cualquier costo”.

Es por lo anterior que en Colombia, de la mano con la institucionalidad que lo acompaña, deben crearse mecanismos alternativos que, sin vulnerar derechos fundamentales como de autonomía personal y libre desarrollo de la personalidad, en cuanto a que la toma de decisiones no siempre debe preponderar sobre un interés del Estado, cumplan con las exigencias reales de la necesidad de tener una política seria en materia de donación de órganos, tales como darle preponderancia a las garantías fundamentales del libre desarrollo de la personalidad con el fin de que las personas, además por la

falta de información veraz sobre dichos procedimientos, no dimitan del acto altruista y libre de donar órganos, sino que se incentive aún más pero respetando las garantías que como asociados al Estado deben respetar la esfera individual.

En síntesis, deberá fortalecerse la capacidad humana del personal médico a la hora de evidenciar un posible donante, para que este, de acuerdo con los principios de libre autonomía, logre obtener el resultado producto de dicha decisión personal; en igual sentido deberá adecuarse y propender por el fortalecimiento de la institucionalidad física a la hora de atender esta problemática social.

CONCLUSIONES

El éxito de la política pública de donación de órganos en Colombia no puede verse únicamente desde el modelo presuntivo, pues de las experiencias internacionales se puede anotar que hacen falta entidades, mecanismos y tecnologías necesarias para brindar el conocimiento indispensable para promover la donación, y no como lo hace Colombia, desde un punto de vista “casi que obligatorio”.

Consideramos que el artículo 2° de la Ley 1805 de 2016 no garantiza el ejercicio de libertades individuales de las personas, al transferir al Estado el poder de decisión sobre las partes orgánicas una vez la persona deja de existir, desconociendo de tajo la voluntad de los familiares más cercanos cuando esta en vida no manifestó su voluntad de donar sus *órganos, tejidos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos*.

Debe hacerse un llamado al Estado colombiano, en el sentido de fortalecer la capacidad humana del personal médico a la hora de evidenciar un posible donante para que este, de acuerdo con los principios de libre autonomía, se

logre obtener el resultado producto de dicha decisión personal, y deberá adecuarse y propender por el fortalecimiento de la institucionalidad física a la hora de atender esta problemática social.

BIBLIOGRAFÍA

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE (1991). Constitución Política de Colombia

Disponible en:

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html.

BURITICÁ H., L (2018) *18:05 Dóname tu tiempo, una mirada al sistema de donaciones y trasplantes en Colombia* (Documental). Trabajo de Grado. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

CAMARGO, R.D. (2017). “Presunción a la donación de órganos. Una realidad también para las unidades de cuidado intensivo en Colombia”. *Acta Colombiana de Cuidado Intensivo*. 17(3). 155-157. Madrid: Elsevier.

CASTAÑEDA, D. (2014). “Creencias sobre la donación de órganos. Actitudes y creencias sobre la donación de órganos en Colombia: ¿Dónde se deben enfocar los esfuerzos para mejorar las tasas nacionales de donación?”. *Rev. Fac Med*. 62:17-25. Bogotá, D.C.: Universidad Nacional de Colombia.

CHAPARRO, G.R. (2017). “La presunción de órganos en Colombia: reflexiones para el debate”. *Revista Latinoamericana de Bioética*. 17(2). Doi: <http://dx.doi.org/10.18359/rlbi.2178>.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA (1979). Ley de Medidas Sanitarias. Ley 9ª.

Disponible en:

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0009_1979.html.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA (1988). Ley de material de donación y trasplante de órganos y componentes anatómicos para fines de trasplante. Ley 73. Disponible en: https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/LEY%200073%20%20DE%201988.pdf.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA (2016). Ley que modifica la Ley 73 de 1988 y la Ley 919 de 2004 en materia de donación de componentes anatómicos. Ley 1805. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1805_2016.html.

DIAGO, C.A. (s.f.). *La Ley 1805 de 2016: un mal mayor para un problema de exige solución*. Trabajo de Grado. Bogotá: Universidad de los Andes.

DUEÑAS, D.C.; RESTREPO, J.A.R. & BECERRA, J. (año). *Aspectos socio jurídicos de la donación y trasplante de órganos en Colombia*. Bogotá, D.C.: Grupo Editorial Ibáñez.

GRANADA R., L.B. (2019). *Análisis de la constitucionalidad en Colombia de la presunción legal de donación de órganos, respecto a los derechos de libertad de cultos, libre desarrollo de la personalidad e intimidad individual y familiar*. Bogotá, D.C.: Universidad Católica de Colombia.

LÓPEZ G., D. (2017) “Desarrollo de estrategias para la promoción y capacitación de donación de órganos, teniendo en cuenta las implicaciones de la Ley 1805 de 2016, viéndose reflejadas en el mediano plazo en el fortalecimiento y posicionamiento de la misión de

la Fundación Nacional de Trasplantes (FUNDANAT)". Trabajo de Grado. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

MÁRQUEZ, A. (2014). "Responsabilidad del Estado por trasplante de órganos en Colombia". *Principia Iuris*. 17(17). Tunja: Universidad Santo Tomás.

MATESANZ, R. (Ed.) (2008). *El modelo español de donación y trasplante de órganos: La ONT*. 2ª ed. Madrid: Aula Médica Ediciones.

MÉNDEZ M., P.A. (2015). *Diagnóstico del sistema de donación de órganos en Colombia mediante el modelamiento de la Regional 1* (Bachelor's Thesis). Bogotá: Universidad de los Andes.

MORENO C., A. & ANGULO R., L. (2015). *La donación de órganos en Colombia, un proceso de culturalización a través de la comunicación*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.

ORTEGÓN, C. (2017). "Páginas de Seguridad Social". *La solidaridad como fundamento del Estado social de derecho, de la seguridad social y la protección social en Colombia*. Vol. 1. N° 1. Enero-junio. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

PISARELLO, G. (2013). "Solidaridad e insolidaridad en el constitucionalismo contemporáneo: elementos para una aproximación". *Revista de Estudios Sociales*. N° 46. 86-97. Doi: <https://doi.org/10.7440/res46.2013>.

ROJAS, P. (2014). "Una nueva mirada a la nueva Ley de donación de órganos en Chile: la polémica prioridad para los donantes". *Rev. Fac. Med.* 62(3):477-80. Doi: <http://dx.doi.org/1015446/revfacmed.v62n3.43154>.

ROMERO, L.B.G. (2019). Análisis de la Constitucionalidad en Colombia de la presunción legal de donación de órganos, respecto a los derechos de libertad de cultos, libre desarrollo de la personalidad e intimidad individual y familiar. Bogotá, D.C.: Universidad Católica de Colombia.

SECRETARÍA DE SALUD DE BOGOTÁ, DIRECCIÓN DE DESARROLLO DE SERVICIOS DE SALUD (2012). *Política de donación de órganos, tejidos y células con fines de trasplante e implante*. Bogotá.

SOLAR, S.; OVALLE, A. & ESCOBAR, J. (2008). “Tres factores que influyen en la actitud de las personas ante la donación de órganos”. *Revista chilena de cirugía*. 60(3). 262-267. Madrid: IKU.

VARGAS CH., I.; PÉREZ T., M.; CABRERA M., S.; GONZÁLEZ M., T. & CUMBE F., A. (2020). *Donación de órganos: casos relevantes en materia constitucional*. Sincelejo: Corporación Universitaria del Caribe.