

DESPENALIZACION DEL ABORTO - Facultades reglamentarias

Las facultades reglamentarias establecidas por el artículo 189, numeral 11, de la Carta, tal como lo ha sostenido la Sala, fueron instituidas por el Constituyente como un mecanismo tendiente a garantizar la cumplida ejecución de las leyes, siendo ese el único fin autorizado por ese mandato superior. Así las cosas, al hacer uso de tales potestades, el ejecutivo debe inspirarse en el único propósito de aclarar y hacer más explícita la norma de carácter legal, en orden a facilitar su adecuada interpretación, ejecución y cumplimiento y viabilizar su estricta observancia. Por lo anterior, la Sala reitera que la norma reglamentaria debe limitarse a dar vida práctica a la ley y por ello sólo puede desarrollar aquello que explícita o implícitamente esté comprendido en el texto de aquella, lo que involucra la interdicción de introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de las disposiciones legales, so pena de incurrir en una extralimitación de funciones y en una invasión de las competencias del legislador. De tal manera que es presupuesto sine qua non para que se pueda hacer uso de tal facultad, la existencia de una ley o decreto ley que requiera ser desarrollada en virtud del reglamento. Cuando el Gobierno Nacional invoca las competencias que le otorga el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, necesariamente tiene que haber previamente una ley o un decreto ley que reglamentar, a fin de cumplir con el mandato constitucional de ayudar a la “cumplida ejecución de las leyes”. La facultad reglamentaria que dispone esta norma constitucional no puede ejercerse en abstracto, ni frente a actos jurídicos distintos de las leyes o decretos leyes. De lo expuesto se concluye que, como no había ley para reglamentar, o por lo menos no se indicó, llegándose al punto de estar reglamentando una sentencia judicial, se configuró una indebida ingerencia en la autonomía de la rama judicial. Tampoco significa que el Gobierno Nacional o el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud o quien haga sus veces, según sus competencias, no puedan definir las políticas públicas en materia de salud y seguridad social en especial en cuanto al POS, en relación con los aspectos que fueron objeto de la decisión de despenalización del aborto.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 189 NUMERAL 11 / LEY 10 DE 1990 - ARTICULO 1º / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 154 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 227 / LEY 715 DE 2001 - ARTICULO 42

NOTA DE RELATORIA: Demanda de inconstitucionalidad, Corte Constitucional, C-355 de 10 de mayo de 2006. Facultades reglamentarias, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 2 de septiembre de 2010, Exp. 2007-00265, MP. Rafael E: Ostau de Lafont Pianeta. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de octubre de 2012, Exp. 2010-00046 (39.093), MP. Danilo Rojas Betancurth. Corte Constitucional, C-512 de 1997.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 4444 DE 2006 (13 de diciembre) - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D.C., trece (13) de marzo de dos mil trece (2013)

Radicación número 11001-03-24-000-2008-00256-00

Actor: LUIS RUEDA GOMEZ

Demandado: MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL

Referencia: ACCION DE NULIDAD

Se decide en única instancia, la acción de nulidad interpuesta por el ciudadano LUIS RUEDA GÓMEZ contra el Decreto 4444 de 2006 (13 de diciembre)¹, *“por el cual se reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva”*

I. LA DEMANDA

1.1. El acto acusado

El 10 de julio de 2008, el ciudadano LUIS RUEDA GÓMEZ actuando en nombre propio y en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicitó se declare la nulidad del Decreto 4444 de 2006 (13 de diciembre), por el cual el Presidente de la República, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales y, en especial, de las previstas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y los artículos 1° de la Ley 10 de 1990, 154 y 227 de la Ley 100 de 1993, y 42 de la ley 715 de 2001, *“reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva”*.

1.2. Normas violadas y concepto de la violación

El actor alega que el Decreto acusado viola los artículos 48, 152 (literal a), 150 (numeral 3°) y 189 (numeral 11) de la Constitución Política; y 171 (numeral 1°) de la Ley 100 de 1993.

Primer cargo: Violación directa, ostensible y manifiesta del artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política.

¹ Publicado en el Diario Oficial 46.481 de 13 de diciembre de 2006.

Argumenta el actor que el Presidente de la República extralimitó la facultad reglamentaria que le otorga el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, en la medida en que las leyes que se invocan como fundamento para su expedición, no autorizan al Ejecutivo para regular temas que se encuentran fuera de su órbita.

En estos términos, señala que la Corte Constitucional, en sentencias C-302 de 1992, C-028 de 1997 y C-512 de 1997 estableció que la facultad reglamentaria no es absoluta, porque encuentra su límite y radio de acción en la Constitución y en la ley, por lo tanto no puede alterar o modificar el contenido y espíritu de la ley, ni reglamentar leyes que no ejecuta la administración, ni reglamentar materias cuyo contenido esté reservado al legislador, por cuanto dicha potestad reglamentaria, se caracteriza por ser un atributo indispensable para que la administración cumpla su función de ejecución de la ley.

Segundo cargo: Violación flagrante también de los artículos 189, numeral 11, de la Constitución Política y 171, numeral 1º, de la Ley 100 de 1993.

Argumenta que la facultad del Presidente de la República consistente en ejercer la potestad reglamentaria para la cumplida ejecución de las leyes, supone necesariamente que la facultad reglamentaria se restrinja al contenido expreso de las normas que se reglamentan, sin excederla ni modificarla. El reglamento en ningún caso puede ir más allá de lo que se reglamenta, pues de hacerlo, no sería para su cumplida ejecución.

Indica que el Consejo de Estado, en auto de 14 de junio de 1963, sostuvo que los decretos que se expidan en ejercicio de la potestad reglamentaria, deben limitarse a dar vida práctica a la ley que tiende a desarrollar y que por ello, sólo puede desenvolver lo que explícitamente e implícitamente está comprometido en la ley, por tanto, no pueden introducir normas que no se desprendan natural o lógicamente de sus disposiciones, pues lo contrario implica una extralimitación de funciones y constituye invasión en el campo propio del legislador.

Aduce que la Corte Constitucional mediante las sentencias C-512 de 97 y C-320 de 1999 precisó que la potestad reglamentaria no es absoluta, sino que se ejerce en la medida en que exista ley, es decir que existen ciertos límites, que no son otros que la Constitución y la Ley. De tal manera que, cualquier exceso en el uso

de la facultad reglamentaria por parte del Ejecutivo, se traduce en inconstitucionalidad.

Sostiene que la sentencia en que se funda el acto acusado no contiene en ninguno de sus apartes temas relacionados con el derecho fundamental a la objeción de conciencia, financiamiento de los abortos que se realizarán en cumplimiento de la misma y régimen sancionatorio, como sí lo enuncia el Decreto 4444 de 2006 en sus artículos 4°, 5°, 6° y 7°, al establecer que los abortos serán “*de cargo de la unidad de pago por capitación del respectivo régimen*” y al reglamentar y limitar el derecho de objeción de conciencia como una decisión individual y no institucional, de aplicación exclusiva a los prestadores directos y no al personal administrativo, circunstancias que a juicio del actor, alteran y modifican el contenido y espíritu de la ley.

Respecto de la violación del artículo 171 (numeral 1°) de la Ley 100 de 1993, precisa que dicha norma otorga al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, competencia para definir lo relacionado con el Plan Obligatorio de Salud – POS-, tanto en el régimen contributivo como en el régimen subsidiado, disposición que se invoca como fuente de facultades para proferir el Decreto 4444 de 2006, razón por la cual es clara la extralimitación de funciones invocadas en la medida que ni el Ministerio de Protección Social, ni el Gobierno Nacional, tienen facultades para hacer incorporaciones en el POS, ni para exigir la financiación del aborto a través de dicho plan.

Tercer cargo: Violación flagrante de los artículos 48, 152 literal a) y 150 (numeral 3) de la Constitución Política.

Dice que temas como la objeción de conciencia, la financiación y pago de los abortos que se llegaren a realizar al amparo de la sentencia C- 355 de 2006 y el régimen sancionatorio, deben ser regulados mediante leyes debidamente expedidas por el Congreso de la República y no a través de normas de categoría inferior a la ley, como sería el caso de hacerlo por un decreto reglamentario.

En materia de seguridad social en salud, la Ley 100 de 1993, facultó al Gobierno Nacional para que, por vía de un decreto, modifique el POS, facultad que la Corte Constitucional, confió al legislador, por recaer bajo la órbita exclusiva de la ley, en sentencia C-791 de 2002.

Sobre el derecho fundamental a la objeción de conciencia, la Constitución Nacional, reservó tal potestad para su reglamentación al legislativo y, por tratarse de derechos fundamentales de las personas, requiere una ley estatutaria

Entonces, el acto acusado, viola las disposiciones constitucionales al reglamentar temas como servicio público de seguridad social y al derecho a la objeción de conciencia,

Concluye que el Decreto 4444 de 2006 es una norma expedida con evidente abuso de la facultad reglamentaria otorgada al Presidente de la República, pues da la impresión que el ejecutivo tuvo conciencia de la invasión de las órbitas exclusivas del legislador, al momento de proferirlo.

1.3. Coadyuvancias e intervinientes

1.3.1. El ciudadano Carlos Eduardo Corssi Otálora coadyuva la demanda contra el Decreto 4444 de 2006, argumentando la violación del artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política, toda vez que al examinar las leyes citadas como sustento jurídico por el Presidente para dictar el decreto acusado y ejercer así la facultad reglamentaria, conferida por el artículo 189 numeral 11 de la C.P., se encuentra que ninguna de dichas leyes hace referencia a la materia a la cual se refiere el decreto reglamentario; en efecto, ninguna de esas leyes se relaciona ni se refiere al aborto o al llamado IVE, ni a la objeción de conciencia, ni a la financiación del costo de los abortos, ni a un régimen sancionatorio para quienes incumplan las normas del decreto.

Resulta evidente que con el decreto acusado no se pretendió reglamentar ninguna de las leyes invocadas inicialmente, sino una sentencia de la Corte Constitucional, lo cual viola el artículo 189 numeral 11 de la C.P. porque se reitera, no se dictó un decreto reglamentario para lograr la cumplida ejecución de una ley sino de una sentencia, lo cual significa que se presentó una desviación de la facultad reglamentaria otorgada al Presidente de la República.

La anterior afirmación se encuentra soportada en la sentencia de la Corte Constitucional C-512 de 1997, la cual establece que la facultad reglamentaria del Presidente de la República *“no es absoluta, pues ella se ejerce en la medida en*

que exista ley” y concluye que, “la facultad reglamentaria del ejecutivo puede ser en algunos casos constitucional o institucional”.

Asimismo considera violado el artículo 18 de la Constitución Política, por considerar que los artículos 5º y 6º de la norma acusada reglamentan y limitan el derecho fundamental a la objeción de conciencia, al pretender que no lo pueden invocar ni el personal administrativo ni las instituciones, aceptándolo solo para prestadores directos. Esas limitaciones van en clara contradicción con el artículo 18 de la Carta y el artículo 18 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos de San Francisco, que no contemplan ni excepciones, ni limitaciones algunas, ni diferencia entre personas naturales e instituciones o personas jurídicas.

1.3.2. La ciudadana Mayra Cobos Sánchez interviniente dentro del proceso de la referencia argumenta que la sentencia C-355 de 2006 legalizó la figura jurídica del aborto voluntario, dentro de los tres supuestos establecidos en la providencia, generando un impacto enorme dentro del sistema general de salud y por consiguiente, en el ordenamiento jurídico colombiano.

Afirma que no es cierto, que el Presidente de la República haya emitido el decreto acusado en virtud de la Ley 10 de 1990, la Ley 100 de 1993 y 715 de 2001, pues lo que hizo la sentencia aludida fue legalizar una figura jurídica que hasta ese entonces era inexistente y en ese sentido, para poder ejercer la potestad reglamentaria establecida en el artículo 189 numeral 11 de la C.P. es necesario la existencia de una ley emanada del Congreso de la República. Dicho de otra manera, comoquiera que la figura del aborto voluntario antes del fallo de la Corte Constitucional era penalizado, lo cierto es que para que el Presidente de la República pueda proferir un decreto reglamentario es necesario de una ley existente *a priori* y no de una sentencia emanada por el Tribunal Constitucional.

Agrega que decir que el fundamento del Decreto 4444 de 2006 es la ley y que su objeto es la sentencia C-355 de 2006, no es más que abrir las puertas para que cada providencia emanada de un alto tribunal pueda ser reglamentada por el presidente de la República, porque siempre se encontrará un objeto y un fundamento que a su vez, respalde su proceder. Nos encontramos en un sistema de fuentes formales en el que es la ley y, en subsidio la jurisprudencia, la que

debe establecer el objeto y el fundamento de los decretos reglamentarios y no las ciudadanas, a través de los escritos que alleguen a los procesos.

En ese sentido, se cae de su propio peso el hecho de que los intervinientes hayan citado un sin número de normas jurídicas para tratar de demostrar que el fundamento del Decreto 4444 de 2006 es la ley, pues parten de una base totalmente errada y arbitraria. Nadie cuestiona que el Gobierno Nacional esté facultado para definir políticas públicas en materia de salud y que pueda intervenir a través del Ministerio de la Protección Social para ello, lo que sí se cuestiona es la facultad del Presidente de la República de reglamentar una decisión judicial ya que, como se señaló los intervinientes entre fundamento y objeto es totalmente infundada y, se basan en ello para crear todo un discurso jurídico tendiente a demostrar que el Presidente no reglamentó la sentencia C-355 de 2006 a través del acto acusado sino que se constituyó en objeto del mismo.

Manifiesta que basta con que la Corte Constitucional haya despenalizado el aborto bajo los parámetros establecidos en la sentencia aludida, para que las mujeres colombianas cuenten con una herramienta jurídica para la práctica de dicho procedimiento y en esa medida, se proteja su derecho fundamental a la salud y a la vida en condiciones dignas. Lo que si no puede ser avalado por las ciudadanas, es que bajo el velo de una normatividad que supuestamente fundamenta la sentencia en mención, el Presidente de la República exceda sus facultades y termine reglamentado una decisión judicial cuando para ejercer dicha facultad, es necesario *prima facie* de una ley que emane del legislador.

La sentencia C-355 de 2006 introdujo una nueva figura jurídica dentro del ordenamiento jurídico colombiano en defensa de los derechos de la mujer generando un enorme impacto dentro del sistema general de salud. Sin embargo, ese impacto no puede traducirse en la extralimitada potestad del Presidente de la República en determinar el contenido del POS y el POS-s pues, de acuerdo con el artículo 172 de la Ley 100 de 1993 el único competente para ello es el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, hoy Consejo Nacional de Regulación en Salud, independientemente de que el artículo 156 de la misma normatividad haya dispuesto que *“las Entidades Promotoras de Salud tendrán a cargo la afiliación de los usuarios y la administración de la prestación de los servicios de las instituciones prestadoras. Ellas están en la obligación de suministrar, dentro de los límites establecidos en el numeral 5º del artículo 180, a cualquier persona que*

desee afiliarse o pague la cotización o tenga subsidio correspondiente, el Plan Obligatorio de Salud, en los términos que reglamente el Gobierno". De lo anterior, no se puede concluir que le corresponde al Gobierno reglamentar el POS y el POS-S pues, a claras se observa que, la voluntad del legislador, al promulgar dicha norma, fue la de garantizar la efectiva prestación de los servicios de salud incluidos en éstos a los afiliados y usuarios del sistema.

Por otro lado, sostiene que siendo que el ejercicio de la objeción de conciencia es un derecho fundamental y autónomo de los individuos, su regulación, procedimientos y recursos para ser protegido requiere de la expedición de una ley estatutaria por parte del Congreso de la República, en aplicación del artículo 152 constitucional, por lo que no le corresponde al Presidente de la República en ejercicio de su facultad reglamentaria, regular dicho derecho fundamental a través de decretos reglamentarios.

1.3.3. El señor Felipe Piquero Villegas actuando en nombre y representación del Hospital Universitario San Ignacio, coadyuva la demanda de la referencia por considerar que, mediante las circulares 058 de 2009 y 03 de 2011, en idéntico sentido al del Decreto 4444 de 2006, el Superintendente Nacional de Salud pretende reglamentar el tema de la interrupción voluntaria del embarazo, sin que exista a la fecha una ley mediante la cual el legislador ordinario haya regulado este tema.

De esta manera, se hizo caso omiso de la decisión adoptada por el Consejo de Estado y, en especial, de su clara consideración de que la intervención del Congreso resulta absolutamente necesaria como presupuesto indispensable para que la Administración pueda ejercer una pretendida potestad reglamentaria.

Tal como lo dispone el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo, no es posible que la propia Administración expida actos que conserven en esencia las mismas disposiciones suspendidas, es claro que en este caso, proceda la suspensión provisional de las Circulares anotadas anteriormente.

1.4. Actuación

La demanda fue admitida mediante Auto de 14 de mayo de 2009, providencia en la cual se dispuso: (i) notificar personalmente a la accionada y al Procurador Delegado ante esta Corporación, (ii) señalar los gastos ordinarios del proceso, (iii)

fijar el negocio en lista por el término de diez (10) días, (iv) requerir el envío de los antecedentes administrativos del acto acusado y, (v) negó la suspensión provisional solicitada (fl. 53 a 64).

La anterior actuación se notificó por estado fijado el 21 de mayo de 2009 (fl. 64 vuelto).

Dentro del término de ejecutoria, el actor solicitó al despacho sustanciador aclarar que la norma acusada objeto de demanda no es el Decreto 444 de 2006 sino el Decreto 4444 de 2006 (13 de diciembre) y el literal e) del numeral 1° de la parte resolutive, en cuanto enuncia que el acto acusado es un Decreto y no un Acuerdo. En el mismo escrito, el actor recurrió el auto en lo relacionado con la suspensión provisional del acto acusado, por cuanto consideró que se vulneró su derecho fundamental al debido proceso, porque no indicó las razones por las cuáles se niega la solicitud y se limitó a hacer un análisis detallado y de fondo de las normas supuestamente vulneradas (fl. 65).

Por Auto de 15 de octubre de 2009, la Sala de la Sección, revocó el numeral 2° del auto recurrido y, en su lugar, decretó la suspensión provisional del acto acusado (fl. 92).

El Ministerio de la Protección Social interpuso recurso de reposición contra el auto anterior y los ciudadanos Andrés Delgado Ortega y Mónica del Pilar Roa López solicitaron ser tenidos en cuenta como impugnantes contra el mismo auto, los cuales fueron resueltos por la Sala mediante auto de 26 de noviembre de 2009, en el sentido de admitir las solicitudes de los impugnantes y de rechazar por improcedentes los recursos de reposición interpuestos por dichas partes. (fl. 168)

II. LAS CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

2.1. Mónica del Pilar Roa López, representante legal de la Organización Women's Link Worldwide se opone a las pretensiones de la demanda, con el argumento que el Decreto 4444 de 2006 fue expedido con base en la facultad reglamentaria otorgada por la Constitución Política al Presidente de la República y se emitió para reglamentar la prestación de un servicio de salud, de acuerdo con los lineamientos establecidos en las leyes del sistema de seguridad social en salud y no para reglamentar una sentencia, como erróneamente el actor lo interpreta.

Señala que de conformidad con los artículos 10 de la Ley 10 de 1990; 154, 170 y 227 de la Ley 100 de 1993 y, 42 de la Ley 712 de 2001, es competencia del Presidente de la República y del Ministerio de la Protección Social regular el sistema general de seguridad social en salud y, que en ejercicio de tal competencia se expidió el acto acusado, el cual contiene disposiciones sobre la prestación de un servicio específico de salud.

En virtud de lo anterior, el Presidente de la República y el Ministerio de la Protección Social están facultados para reglamentar disposiciones relacionadas con la calidad, el sistema de referencia y contrareferencia, los derechos de los usuarios, el uso adecuado de los recursos del sistema de seguridad social en salud y, dentro de este ámbito, reglamentar los aspectos frente a un servicio de salud específico, dentro del marco de las leyes de seguridad social.

Refiere que la facultad reglamentaria otorgada al Presidente de la República, tiene origen constitucional directo y tiene como objetivo establecer las normas de carácter general necesarias para la correcta ejecución de la ley. Así, tal facultad, en materia de salud, no puede confundirse con el reglamento de una sentencia de constitucionalidad que cambió el ordenamiento jurídico en un tema específico.

A partir de la sentencia C-355 de 2006, existen tres (3) eventos en los que las mujeres pueden solicitar la interrupción voluntaria del embarazo, que se realiza a través de procedimientos médicos; la prestación de este servicio de salud, puede ser objeto de regulación en el marco de las leyes de seguridad social en salud, por las autoridades competentes para ello, como son el Presidente de la República y el Ministerio de la Protección Social, es así que la referida sentencia señaló que el regulador en el ámbito de la seguridad social en salud, puede, en cumplimiento de sus deberes y dentro de su órbita de competencia *“adoptar decisiones respetuosas de los derechos constitucionales de las mujeres, como por ejemplo, aquellas encaminadas a regular su goce efectivo en condiciones de igualdad y de seguridad dentro de sistema de seguridad social en salud”*.

Argumenta que la regulación de la prestación del servicio de interrupción voluntaria del embarazo por el sistema de seguridad social en salud, no corresponde a la ley sino al reglamento, porque las leyes de seguridad social en salud ya han establecido la organización y parámetros del sistema y han otorgado

la competencia para su regulación al Presidente de la República y al Ministro de Protección Social.

Concluye que el acto acusado reglamenta las leyes de seguridad social en salud y no una sentencia, pues su objeto no es otro que regular un servicio específico de salud.

En lo que tiene que ver con el desconocimiento de la competencia para establecer o modificar el Plan Obligatorio de Salud en los regímenes contributivo y subsidiado, señala que el acto acusado en ningún aparte modifica el POS, pues los procedimientos por los cuales se presta el servicio de interrupción voluntaria del embarazo fueron incluidos por el órgano competente para ello y, por tanto, se someten a los parámetros de financiación establecidos para el sistema de los dos regímenes de salud (fl.178).

2.2. Nicolás Ardila Pazmiño señala que el Decreto 4444 de 2006 no pretende reglamentar la sentencia de la Corte Constitucional sino la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva, especialmente lo relacionado con la prestación del servicio de interrupción voluntaria del embarazo, en los casos en que está despenalizada, por parte de las entidades promotoras de salud, las empresas de medicina prepagada y las instituciones prestadoras de servicios de salud tanto públicas como privadas.

Con relación al derecho de objeción de conciencia, sostiene que dicho derecho es individual y no colectivo, ni judicial, ni institucional ni de funcionarios públicos y, por el contrario, es un derecho que se puede alegar por los profesionales de la salud que participan directamente en el procedimiento de IVE. (fl. 195)

2.3. Paola A. Salgado Piedrahita sostiene que con base en los principios constitucionales que orientan las función administrativa, es obligación del Estado a través de sus organismos ejecutivos, conforme a las funciones otorgadas por la Ley, fijar las políticas y expedir actos administrativos necesarios para alcanzar los objetivos en materia de cumplimiento y goce efectivo de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política y el bloque de constitucionalidad.

El acto acusado regula la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva, en particular la interrupción voluntaria del embarazo, al ser estos

parte del servicio público de la salud, razón por la cual, el Estado tiene la obligación de garantizar mediante herramientas la prestación del servicio a toda la población.

Sostiene que el acto demandado no reglamenta una decisión judicial, comoquiera que encuentra fundamento en las normas vigentes para la regulación del servicio público esencial a la salud, facultad que no depende ni otorga la sentencia expedida por la Corte Constitucional (fl. 203).

2.4. El Ministerio de la Protección Social, por intermedio de apoderada judicial se opone a las pretensiones de la demanda y afirma que la intención del Gobierno Nacional al expedir el Decreto 4444 de 2006, no es otra que la de garantizar la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva, en el marco de la política de seguridad y calidad del paciente, máxime cuando algunos procedimientos relacionados no son de rutina en los servicios de salud.

Pone de presente que *“El programa de El Cairo”* comprometió a los países a tratar el impacto sobre la salud del aborto inseguro como cuestión primordial de la salud pública, instando a todos los gobiernos y a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales pertinentes a incrementar su compromiso con la salud.

Precisa que la Organización Mundial de la Salud definió el aborto como *“un procedimiento para la interrupción del embarazo no deseado ofrecido tanto para personas que carecen de habilidades necesarias o en una ambiente que carece de las normas médica mínimas, o ambos”*.

También se refiere a que la Plataforma de Beijing colocó al aborto inseguro en un plano superior con el fin de solicitar a los gobiernos *“hacer frente al efecto en la salud del aborto inseguro como una de las mayores preocupaciones de salud pública”*, enfoque que abre una vía en paralelo entre el crecimiento de la evidencia basada en la medicina clínica y la evidencia basada en la política social sustentada en las ciencias de la salud pública.

Sostiene que los anteriores tratados - El programa de El Cairo y la Plataforma de Beijing-, invocan derechos individuales a la vida privada con el fin de resistir la intromisión de los funcionarios públicos, asegurando así, que las mujeres ejerzan la autodeterminación y la decisión personal en materias reproductivas.

Luego de referirse a los principios que rigen la función administrativa, esgrime como razones de defensa que al proferirse la sentencia C-355 de 2006 e indicarse que su vigencia era inmediata, se expidió el Decreto demandado en virtud de la facultad reglamentaria ordinaria y de la facultad de intervención otorgada por las Leyes 10 de 1990, 100 de 1993 y 175 de 2001, teniendo en cuenta que la Constitución Política establece en cabeza del Estado, la obligación de organizar, dirigir, coordinar y controlar el servicio público obligatorio de seguridad social, con el fin de asegurar y garantizar la prestación del mencionado servicio, disposiciones que confieren al Gobierno Nacional facultades necesarias para ejercer ese control y vigilancia sobre los servicios de salud.

El acto acusado se expidió conforme al principio de legalidad que informa las actuaciones administrativas, con estricta sujeción a la facultad reglamentaria general y de las especiales que autorizan su intervención en la prestación del servicio público esencial de seguridad social en salud y en ejercicio de las facultades que le otorgan las leyes vigentes.

Sostiene que el decreto demandado ni modifica el POS, ni invade la competencia que el legislador confirió al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Frente al argumento de la extralimitación de facultades para reglamentar temas como el financiamiento de los abortos, señala que en materia de intervención del Estado en la prestación del servicio de salud, el artículo 154 de la Ley 100 de 1993, confiere al Estado la capacidad de intervenir, cuando ello conduzca al logro de un conjunto de fines dentro del Sistema General de Seguridad Social.

Concluye que el Decreto 4444 de 2006, da aplicación detallada a una materia específica del derecho de objeción de conciencia, más no se ocupó de su estructura general, por cuanto dicho ámbito corresponde ser regulado mediante ley estatutaria (fl. 208).

2.5. La Casa de la Mujer mediante apoderado solicita declarar la nulidad del artículo 7° del Decreto 4444 de 2006, por cuanto dicha disposición constituye una extralimitación en la potestad reglamentaria del Presidente de la República, en la medida en que un decreto reglamentario no puede establecer sanciones de ninguna naturaleza, pues dicha competencia es exclusiva del legislador. En lo demás, pidió negar las pretensiones de la demanda, porque considera que las

demás disposiciones se ajustan plenamente al ordenamiento jurídico actualmente vigente en Colombia.

Sostiene que el acto demandado adecua la objeción de conciencia como derecho individual, el cual fue reconocido por la Corte Constitucional en sentencia C-36 de 2007².

Aduce que la facultad reglamentaria del Presidente de la República tiene como fundamento directo la Constitución Política de 1991, al no requerir autorización legal expresa para que el Presidente cumpla con su deber de reglamentación, pues hay *“una relación directa entre la Constitución y el reglamento, por lo que existen dos poderes normadores distintos, el legislativo y el reglamentario”*.

En virtud de lo anterior y conforme con las disposiciones contenidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, el Presidente no tiene facultades ilimitadas de reglamentación, pues dicha potestad se encuentra limitada por la ley.

Señala que el Decreto 4444 de 2006 representa un ejemplo del denominado reglamento ejecutivo, pues de ninguna manera conlleva una reglamentación autónoma en relación con la ley.

Indica que según los lineamientos establecidos por la Corte Constitucional, la potestad reglamentaria se caracteriza por ser una atribución constitucional inalienable, intransferible, inagotable, pues no tiene plazo y puede ejercerse en cualquier tiempo y es irrenunciable, por cuanto es un atributo indispensable para que la administración cumpla su función de ejecución de la ley.

Aduce que la facultad reglamentaria se ejerce por mandato constitucional de conformidad con los preceptos constitucionales y legales, pues requiere de la existencia de un contenido o un material legal que pueda ser reglamentado y, que la autoridad que expide la reglamentación respete el mismo.

Concluye que las normas que sustentan el acto demandado tienen en común la prestación del servicio de salud, pese a que cada una de ellas se ocupe de aspectos distintos y, por consiguiente, las disposiciones que lo desarrollan, no contradicen, restringen o modifican el sentido de las normas legales vigentes en

² M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

esa materia, pues establecen las condiciones de aplicabilidad del servicio de salud en relación con las mujeres abortantes (fl. 230).

2.6. Los ciudadanos Rodrigo Uprimmy Yepes, Luz María Sánchez Duque, Diana Esther Guzmán Rodríguez y Nelsón Camilo Sánchez León, integrantes del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (en adelante DeJusticia), se oponen a las pretensiones de la demanda.

Antes de exponer los argumentos de oposición frente a cada uno de los cargos de la presente demanda, hacen alusión a los efectos de la sentencia C-355 de 2006 que despenalizó el aborto en tres (3) circunstancias y su relación con el Decreto 4444 de 2006, y el alcance de la potestad reglamentaria del Presidente de la República en materia de la prestación del servicio de salud.

Comparten el presupuesto argumentativo del primer cargo de la demanda, a saber, que la potestad reglamentaria no se puede ejercer frente a decisiones judiciales. Sin embargo, estiman que el Decreto 4444 de 2006 no reglamenta la sentencia C-355 de 2006 y que, en consecuencia, el primer cargo de la demanda no debe prosperar, pues éste se sustenta en una confusión entre el objeto del reglamento y sus fundamentos. Antes de la sentencia de la Corte, el Gobierno no podía haber hecho uso de sus facultades de intervención en el sistema de salud para definir los términos de prestación del servicio de interrupción voluntaria del embarazo porque esto constituía un delito en todos los casos. La sentencia es pues un fundamento del decreto porque esta impactó la prestación de los servicios de salud cuya reglamentación corresponde al Gobierno.

En efecto, en virtud del referido fallo, los procedimientos médicos previstos en el POS para la interrupción de embarazos deben ser practicados no sólo en los casos de abortos espontáneos, sino en los eventos permitidos de interrupción voluntaria del embarazo cuando la mujer así lo elija. Este impacto en los servicios de salud es lo que explica las amplias referencias que se hacen de la sentencia en la parte motiva del decreto acusado. Pero el hecho de que la sentencia que despenalizó el aborto en tres circunstancias sea un fundamento central del decreto, no implica que sea el objeto o materia a reglamentar.

Afirman que el actor pasa por inadvertido el hecho de que la sentencia de la Corte impactó el sistema de salud y que en virtud de dicho impacto el Gobierno entró a

reglamentar las disposiciones citadas en el decreto para permitir la ejecución en el ámbito concreto de la prestación del servicio de interrupción voluntaria del embarazo. En efecto, la materia del reglamento está constituida por los artículos 1º de la Ley 10 de 1990, 154 y 227 de la Ley 100 de 1993, y 42 de la Ley 715 de 2001, disposiciones estas que se refieren en común a la regulación de la prestación de los servicios de salud.

Agregan que aparte de que el demandante confunda el fundamento con el objeto del reglamento, no justifica la premisa de su argumento, dando de este modo por sentado lo que efectivamente tiene que probar. El actor no sustenta por qué las normas citadas en el decreto que se refieren a las facultades del Gobierno Nacional de definir la forma de prestación del servicio público de salud, reglamentar la prestación de los servicios de salud y definir normas para garantizar la calidad de los servicios de la Ley 10 de 1990, la Ley 100 de 1993 y la Ley 715 de 2001, no son la materia reglamentada por el Decreto 4444 de 2006.

En lugar de presentar la justificación, el planteamiento del demandante parte de una premisa implícita que no es desarrollada en el primer cargo, según la cual la materia a reglamentar en este caso tiene que referirse al aborto. Como las normas citadas en el acápite anterior no dicen nada sobre el aborto y el único fundamento que se refiere a éste es la sentencia C-355 de 2006, el demandante concluye que lo único que puede estar reglamentado en el decreto es dicha sentencia. Tal presupuesto implícito se sustenta a su vez en otra premisa que es planteada en los otros dos cargos, a saber, que una vez despenalizado el aborto en tres circunstancias, la autoridad competente para definir los términos en que el sistema de salud prestaría el servicio de interrupción voluntaria del embarazo es el legislador y no el Gobierno.

Contrario a lo anterior, afirman que no era necesaria la existencia de una ley que estableciera el servicio de interrupción voluntaria del embarazo ya que este se entiende incorporado en las normas existentes que definen la prestación de servicios de salud en virtud del fallo de la Corte y por mandato directo de la Constitución, que es la norma de normas, por la obvia conexidad que tiene la interrupción voluntaria del embarazo en esos tres casos con el derecho a la salud y a la vida digna de las mujeres y, además, la autoridad competente para reglamentar la prestación de los servicios de salud es el Gobierno Nacional y no el legislador.

Manifiestan que se distancian de la decisión contenida en el auto proferido el 15 de octubre de 2009 en el proceso de la referencia, mediante el cual se decretó la suspensión provisional del Decreto 4444 de 2009, toda vez que se incurre en dos imprecisiones. En primer lugar, la Sala descarta *prima facie* la pertinencia de las disposiciones de la Ley 100 de 1993 y la Ley 10 de 1990 como soportes del decreto cuestionado, únicamente por haber sido expedidas antes del artículo del Código Penal sobre el cual se pronunció la Corte en la sentencia. Es difícil entender cuál es la razón que sustenta esta tesis. Lo único que permitiría explicarla es que la Sala asume que el artículo 122 del Código Penal del 2000 derogó las disposiciones de la Ley 100 de 1993 y de la Ley 10 de 1990 citadas en el decreto demandado. No de otro modo puede entenderse que para la Sala la única norma que puede ser examinada como objeto del reglamento es la que fue expedida con posterioridad al Código Penal. Pero tal razón es inaceptable, pues todas las normas citadas en el Decreto 4444 están vigentes. Además, la potestad reglamentaria es inagotable y no está sujeta a plazo alguno, así que no existe ninguna razón que impida que tales normas sean reglamentadas.

En segundo lugar, dicen los integrantes de DeJusticia que la Sala parece entender, al igual que el demandante, que luego de la despenalización del aborto se requería una norma expedida por el legislador ordinario que regulara la prestación del servicio de interrupción voluntaria del embarazo, norma esta que el Presidente sí podría reglamentar. Afirman que es por esta razón que la Sala descarta el artículo 42 de la Ley 715 de 2002, indicando que no tiene que ver con la materia a reglamentar ya que, en efecto, nada dice ese artículo sobre el servicio de interrupción voluntaria del embarazo. Agregan que la argumentación contenida en el auto también resulta evidente, pues se parte del presupuesto de que tiene que existir una ley que regule la prestación del servicio en cuestión, pero ese presupuesto es equivocado ya que, una vez adoptada la sentencia, las mujeres tienen, sin necesidad de ley previa, un derecho constitucional a obtener la interrupción voluntaria del embarazo en las tres hipótesis señaladas por la sentencia, por la indudable conexidad de ese servicio médico con los derechos a la salud y la vida digna de las mujeres.

Manifiestan que el auto que cuestionan, de conformidad con dicho presupuesto equivocado, descarta la pertinencia de la única norma cuyo contenido fue examinado por la Sala para analizar la validez del decreto. Sin embargo, nunca se

justifica porqué es el legislador y no el Gobierno Nacional la autoridad competente para regular la prestación de dicho servicio.

Para desvirtuar el segundo cargo planteado, afirman que es necesario distinguir entre el procedimiento médico que se debe utilizar para practicar la interrupción voluntaria del embarazo, y la definición de los términos de prestación de los servicios de salud. Según la guía técnica de la OMS para la práctica de abortos seguros existen cuatro procedimientos médicos: (i) el uso de los medicamentos mifepristone y misoprostol, (ii) aspiración al vacío manual o eléctrica, (iii) dilatación y curetaje (legrado uterino) y, (iv) dilatación y evacuación. En Colombia dos de estos procedimientos se encuentran incluidos en el POS. El Acuerdo 008 de 2009, expedido por la Comisión de Regulación en Salud, por medio del cual se aclara y actualiza el POS determina en su artículo 48 que el régimen contributivo cubre el legrado o curetaje uterino, así como la aspiración al vacío. El primero de estos se establece también como parte del POS en el régimen subsidiado (art. 61,lit.f). Cabe anotar además que el legrado uterino ya estaba incluido en la Resolución 5621 de 1994 que establecía el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud, el cual se encontraba vigente en la época de expedición del decreto demandado. Igualmente, el Acuerdo 306 de 2005 que definía el POS en el régimen subsidiado, incluía en su artículo 2º como uno de los servicios cubiertos, la "*atención hospitalaria quirúrgica (incluyendo el legrado obstétrico)*". Es decir, por lo menos uno de los procedimientos médicos para la interrupción del embarazo ya estaba incluido en el POS –tanto del régimen contributivo como del subsidiado- al momento de expedirse el Decreto 4444.

De acuerdo con lo anterior, reiteran que es claro que el Decreto demandado no modifica el POS, pues no incluye ningún nuevo procedimiento médico para la práctica de la interrupción del embarazo, ni tampoco extiende su aplicación a casos no contemplados ya que, tal extensión se deriva del impacto de la sentencia sobre el sistema de salud y del derecho constitucional directo de las mujeres a obtener ese servicio en esas tres hipótesis. Lo que hace el decreto es definir los términos en los cuales este servicio será prestado, lo cual no está por fuera de las competencias otorgadas por la ley al Gobierno Nacional.

Aducen que el Gobierno no está invadiendo la competencia del Consejo en materia de financiación, pues no está definiendo el valor de la Unidad de Pago por Capitación, sino que simplemente está indicando que la interrupción del embarazo

a través de los procedimientos ya incluidos en el POS se costeará con cargo a dicha Unidad. El Gobierno no está exigiendo la financiación a través del POS de un servicio que no esté incluido en este.

Aclaran que el decreto demandado no incluye el artículo 156 de la Ley 100 que alude a la facultad del Gobierno para reglamentar los términos de prestación del POS dentro de las normas legales citadas como fundamento del reglamento. Tampoco menciona el decreto en sus considerandos que el POS ya contenía un procedimiento aplicable para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo. Se trata de problemas de técnica jurídica que pueden contribuir a alimentar las confusiones que están a la base de la argumentación del demandante. Sin embargo, tales falencias técnicas no deben conducir a la invalidez del decreto, pues pese a que ninguna de las normas citadas en este se refiere concretamente a la regulación de los términos de prestación del POS, sí aluden en términos generales a las facultades de regulación del Gobierno en materia de prestación del servicio de salud. En este sentido, la ausencia de referencia a las disposiciones aludidas no debe constituir una razón para cuestionar la validez del decreto, pero tampoco para obviarlas del análisis acerca de la potestad reglamentaria del Presidente en el caso concreto.

Con relación al tercer cargo planteado en la demanda, reiteran que la competencia de la Comisión de Regulación en Salud en materia del POS se limita a la definición de los procedimientos y medicamentos que hacen parte de éste, pero que corresponde al Gobierno Nacional establecer los términos en los que este será prestado, que es precisamente de lo que se ocupa el Decreto 4444.

También reiteran que de conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, al legislador le corresponde definir los términos y condiciones para la prestación de servicios de salud y de saneamiento ambiental a los habitantes, para el establecimiento de políticas en tal sentido y para la definición de las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares. En virtud de esta facultad el legislador expidió la Ley 100 de 1993 en la cual estableció dichos términos y condiciones. La reserva legal en el ámbito de la salud opera respecto del marco general que define la intervención del Estado en esta materia y no, como lo sugiere el demandante frente a la regulación de servicios concretos. En este sentido, no puede derivarse del artículo 49 de la Constitución -y tampoco del artículo 49 de la Carta que cita el demandante y que se refiere en términos

generales a la reserva de ley en materia de seguridad social– la existencia de una reserva legal para la regulación de la prestación del servicio de interrupción voluntaria del embarazo. Además, el mismo legislador en la Ley 100 de 1993 otorgó la facultad de tal regulación al Gobierno Nacional, tal como fue expuesto en los anteriores acápite.

Consideran fuera de discusión que la regulación de los derechos fundamentales, entre los que se cuenta el derecho a la libertad de conciencia, deba realizarse por el legislador a través de una ley estatutaria. Sobre el sentido de la exigencia, la Corte Constitucional ha señalado que la misma *“tiene relación directa con la garantía de las libertades públicas y los principios democráticos previstos en la Constitución Política, en la medida que toda restricción, gravamen o limitación sólo es posible a partir de la ley y no de reglamentaciones y decisiones simplemente administrativas.”*

Afirman que si bien el artículo 18 de la Constitución no contiene una restricción expresa al derecho a la libertad de conciencia, sí existe una clara doctrina constitucional acerca de los límites de este derecho y, lo que hace el artículo 5º del Decreto 4444 es aplicar dicha doctrina al caso concreto de la prestación del servicio de interrupción voluntaria del embarazo. Como se trata de la aplicación de la doctrina constitucional sobre la objeción de conciencia a un evento específico, y no de la regulación del contenido de este derecho, ni tampoco del establecimiento de restricciones que no están definidas en la doctrina constitucional, no resulta válido afirmar que el Presidente invadió la órbita de competencia del legislador estatutario en esta materia.

Destacan que la doctrina de la Corte es clara al especificar que el ejercicio de la libertad de conciencia es siempre individual. Advirtieron que según la doctrina constitucional, el hecho de que el derecho a la objeción de conciencia no pueda ser ejercido por instituciones no comporta una indebida restricción a este derecho, sino que hace parte de su propio contenido constitucional. En este sentido, no es cierto que el Presidente haya regulado este derecho y haya violado de este modo la reserva de ley estatutaria. De conformidad con la función integradora de la doctrina constitucional, lo que hace el decreto demandado es aplicar a la regulación de la prestación de un servicio de salud la norma constitucional contenida en el artículo 18, cualificada en su sentido y alcance por lo que de ella ha dicho el órgano encargado de garantizar la supremacía e integridad de las

normas de normas. Decir que el artículo 5° del decreto demandado regula el derecho a la libertad de conciencia, sería tanto como decir que el decreto estaría regulando el derecho a la igualdad si contuviera una norma que estableciera que no podrán ser invocadas razones de sexo, raza o religión para negar el acceso al servicio de interrupción voluntaria del embarazo.

De hecho, siguiendo la lógica del argumento del demandante, habría que concluir que el artículo 6° del decreto en cuestión está regulando el derecho a la igualdad al establecer que *“en ningún caso la objeción de conciencia, la no objeción de conciencia o el antecedente de haber practicado o realizado una interrupción voluntaria del embarazo, podrá constituir una circunstancia de discriminación para la gestante, los profesionales de la salud y los prestadores del servicio de salud”*. En el mismo sentido, tampoco podría aducirse por ejemplo, que el Gobierno estaría regulando el derecho a la igualdad si, al reglamentar el servicio de entrega de pasaportes, dispusiera que existirá una línea de prelación en la atención de usuarios para las personas de la tercera edad y las personas en situación de discapacidad. Estos argumentos *ab absurdum* ponen en evidencia la falta de razón que le asiste al demandante en este punto.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1. El apoderado del Hospital Universitario San Ignacio reiteró la solicitud de suspensión provisional de las Circulares 058 de 2009 y 03 de 2011 expedidas por el Superintendente Nacional de Salud, toda vez que éstas tuvieron como fundamento el Decreto 4444 de 2006 y pretenden reglamentar el tema de la interrupción voluntaria del embarazo, sin que exista a la fecha una ley que haya regulado el tema.

Tal como lo dispone el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo, no es posible que la propia Administración expida actos que conserven en esencia las mismas disposiciones suspendidas, es claro que en este caso, procede la suspensión provisional de las Circulares anotadas anteriormente.

Agrega a lo anterior, que la Superintendencia Nacional de Salud carece de competencia para reglamentar la interrupción voluntaria del embarazo, toda vez que ya existe una decisión del Consejo de Estado en la que afirmó la necesidad de la previa intervención del legislador, a partir de la cual, el Gobierno Nacional pueda

ejercer su potestad reglamentaria en relación con la prestación de los servicios de interrupción voluntaria del embarazo.

Las Circulares citadas se encuentran falsamente motivadas, toda vez que las normas constitucionales y legales en que se fundamentan no se relacionan con el tema de la interrupción voluntaria del embarazo, ni mucho menos facultan al Superintendente Nacional de Salud para expedir instrucciones en relación con el tema. De ahí que no pueda dárseles el alcance de servir de fundamento para la expedición de reglamentaciones en ese sentido.

3.2. La apoderada del Ministerio de Salud y Protección Social presentó alegatos de conclusión en forma extemporánea, según informe de la Secretaría de la Sección Primera de esta Corporación como consta a folio 514 del expediente.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público pone de presente que el Decreto 4444 de 2006 tiene por objeto reglamentar *“la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva”* y, específicamente, *“[l]os servicios de interrupción voluntaria del embarazo en los casos y condiciones establecidas en la Sentencia C-355 de 2006”*, lo que, como ya se anunciaba, desde un análisis de pleno derecho es claro que no puede fundamentarse en el artículo 189.11 constitucional, en donde únicamente se señala que corresponde al Presidente de la República *“ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios **para la cumplida ejecución de las leyes**”* (negritas fuera del texto) y no para reglamentar las sentencias de la Corte Constitucional.

Afirma que muy por el contrario, de la norma constitucional citada como fundamento se desprende que la competencia asignada no sólo necesita de una Ley sino que tiene por fin su cumplimiento, y en el caso del decreto *sub examine*, como lo adujo el actor y efectivamente concluyó la Sala al ordenar su suspensión provisional, no existe ninguna Ley que reglamente o siquiera mencione el denominado “servicio de interrupción voluntaria del embarazo” y hasta ahora la única norma que hace referencia al aborto es precisamente el artículo 122 del Código Penal, en donde se establece el tipo penal de aborto, el cual no guarda ninguna relación con el ámbito de la salud y sobre el que, en todo caso, no tiene competencia reglamentaria alguna el Gobierno Nacional.

Manifiesta que por medio de la norma demandada el Gobierno Nacional pretendió reglamentar el aborto, allí denominado "interrupción voluntaria del embarazo", precisamente "en los casos y condiciones establecidas en la Sentencia C-355 de 2006", esto es, en los casos en que la Corte Constitucional consideró que el aborto "no constituye delito" que son: "(i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto".

De igual forma, considera evidente que, para ello, el Gobierno Nacional fundamentó la norma demandada no en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política o en los artículos 1° de la Ley 10 de 1990, 154 y 227 de la Ley 100 de 1993 y 42 de la Ley 715 de 2001, sino, como expresamente se señala en los considerandos del Decreto 4444 de 2006, en la afirmación que se hizo en la parte motiva de la misma Sentencia C-355 de 2006 en el sentido de que "aunque para la inmediata aplicación de la Sentencia C-355 de 2006 no era necesaria una reglamentación, tal circunstancia no impide que el regulador en el ámbito de la seguridad social en salud, en cumplimiento de sus deberes y dentro de la órbita de su competencia, adopte decisiones respetuosas de los derechos constitucionales de las mujeres, como por ejemplo, aquellas encaminadas a regular su goce efectivo en condiciones de igualdad y de seguridad dentro del sistema de seguridad social en salud y, si lo considera conveniente, expida normas que fijen políticas públicas que permitan el goce de los derechos protegidos por la Sentencia". Afirmación de la que se concluyó, sin más, y yendo mucho más allá de lo dispuesto en la Sentencia C-355 de 2006, que "es deber del Estado garantizar la provisión de servicios de salud seguros y definir los estándares de calidad que garanticen el acceso oportuno, en todo el territorio nacional y en todos los grados de complejidad, a los procedimientos de interrupción voluntaria del embarazo, en los eventos no constitutivos de delito de aborto, al tenor de lo dispuesto en la Sentencia C-355 de 2006"; para lo que, además, se agregó una referencia a un Acuerdo de la Asamblea General de la ONU que no tiene fuerza vinculante y que, en todo caso, no ordena el objeto y los alcances específicos que tiene el Decreto 4444 de 2006, así como se convirtió el

aborto, en los casos despenalizados, en un servicio de salud, superando también así la naturaleza y el contenido explícito de la Sentencia C-355 de 2006.

De manera que la Corte Constitucional en la Sentencia C-355 de 2006, lejos de establecer que el aborto fuera un servicio de salud que debiera garantizar y financiar el Estado, si llegó a precisar que *“si bien la decisión de penalizar el aborto, como una medida para proteger la vida en gestación resulta constitucionalmente justificada —aunque se insiste, no es la única opción que puede adoptar el legislador ya que este puede escoger otro tipo de medidas de carácter asistencial y prestacional que cumplan con este propósito—, la prohibición completa e incondicional del aborto en todas las circunstancias es abiertamente desproporcionada porque anula completamente derechos de la mujer embarazada garantizados por la Constitución de 1991 y por tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad”*. De hecho, explícitamente sostuvo que *“[e]n esta sentencia, la Corte se limitó a señalar las tres hipótesis extremas violatorias de la Constitución, en las que, con la voluntad de la mujer y previo el cumplimiento del requisito pertinente, se produce la interrupción del embarazo”*.

Aduce que de la lectura del contenido del Decreto 4444 de 2006 y del estudio de la forma en que aquel se fundamenta, resulta claro que buscó reglamentar la citada sentencia e incluso va más allá de lo establecido en la misma (como se ilustra en los cuadros anexos). Baste señalar que el Ministerio Público también advierte que mientras en la parte motiva y, más exactamente, en el *obiter dicta* de la Sentencia C-355 de 2006, se estableció que la objeción de conciencia (i) *“no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas, o el Estado”* y que, por tanto, *no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia* y (ii) que *“hace referencia a una convicción de carácter religioso debidamente fundamentada, y por tanto no se trata de poner en juego la opinión del médico entorno a si está o no de acuerdo con el aborto, y tampoco puede implicar el desconocimiento de los derechos fundamentales de las mujeres”*, así como se sostuvo que (iii) *“en caso de alegarse por un médico la objeción de conciencia, debe proceder inmediatamente a remitir a la mujer que se encuentre en las hipótesis previstas a otro médico que si pueda llevar a cabo el aborto, sin perjuicio de que posteriormente se determine si la objeción de conciencia era*

procedente y pertinente, a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica". En el artículo 5° del Decreto 4444 de 2006, se dio fuerza vinculante a estas consideraciones, como si estuviesen en la parte resolutive de la Sentencia C-355 de 2006, e incluso se fue más allá de lo que en ellas estrictamente se dice, para establecer que *"la objeción de conciencia es una decisión individual y no institucional, que aplica exclusivamente a prestadores directos y no a personal administrativo"*.

De otra parte, con respecto al argumento aducido por algunos impugnantes de acuerdo con el cual la Sentencia C-355 de 2006 es el fundamento del Decreto 4444 de 2006 pero no su objeto, señala en primer lugar, que eso no es lo que expresamente dice la norma demandada, en donde expresamente se dispone como fundamento el artículo 189.11 de la Constitución Política, artículo que, como ya se ha demostrado, no es un fundamento válido o suficiente para la expedición de la norma demandada.

En segundo lugar, agrega que debe señalarse que corresponde al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, indicar cuáles procedimientos deben ser incluidos en el plan de beneficios, conforme lo prevé el artículo 171 de la Ley 100 de 1993.

En este mismo sentido, también es equivocada la apreciación de los abogados de la entidad demandada cuando advierten que el objeto del Decreto demandado es *"proteger el derecho de aplicación inmediata otorgado a través de la sentencia C-355 de 2006"* y permitir *"que se utilicen de mejor manera los recursos administrativos, técnicos y financieros para que el servicio sea prestado de forma adecuada y oportuna"*, pues en esta sentencia no se concedió ni mucho menos se creó derecho alguno, sino que se consideró desproporcionado penalizar el aborto en algunas circunstancias en atención a unos derechos fundamentales expresamente reconocidos en la Constitución de 1991 y mucho menos se dispuso que el aborto fuera un servicio de salud de prestación obligatoria.

En tercer lugar, recalca que no es cierto que no fuera necesaria una Ley para expedir el Decreto 4444 de 2006 porque la sola Sentencia C-355 "impactó" el régimen de seguridad social en salud y porque deba entenderse que este "servicio" esté *"incorporado en las normas existentes que definen la prestación de servicios de salud en virtud del fallo de la Corte y por mandato directo de la"*

Constitución, que es norma de normas, por la obvia conexidad que tiene la interrupción voluntaria del embarazo en esos tres casos con el derecho a la salud y a la vida digna de las mujeres” o, como también lo señalan algunos impugnantes, porque “su promulgación busca la prestación de servicios que tienen que ver con la garantía de derechos fundamentales consagrados y reconocidos en el mencionado fallo”. Semejante “impacto” no dice tenerlo la Sentencia C-355 de 2006 en ningún momento, ni en su parte resolutive ni en su parte considerativa y, en todo caso, de ninguna forma puede tener un efecto semejante una sentencia de constitucionalidad que declara parcialmente exequible o que declara inexecutable un tipo penal, como tampoco lo tuvieron, por ejemplo, las sentencias de la Corte Constitucional que despenalizaron el consumo mínimo de estupefacientes o condicionaron el tipo penal de homicidio por piedad (Sentencias C-221 de 1994 y C-239 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Por el contrario, “[e]n esta sentencia, la Corte se limitó a señalar las tres hipótesis extremas violatorias de la Constitución, en las que, con la voluntad de la mujer y previo el cumplimiento del requisito pertinente, se produce la interrupción del embarazo” y éste “no constituye delito” (Sentencia C-355 de 2006, M.Ps. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández) y cada una de estas causales responden a la protección de amparo de distintos derechos fundamentales, además del derecho fundamental a la salud³, cuya eficacia o garantía no depende de la promulgación de actos administrativos como el demandado.

³ En efecto, en la Sentencia C-355 de 2006 la Corte Constitucional decidió que el aborto no puede ser considerado un delito cuando, con el consentimiento de la madre, se practique en los siguientes casos:

(a) Cuando el embarazo represente un riesgo para la salud o para la vida de la madre, certificada por un médico; dado que prohibir el aborto en estos casos “puede constituir, por lo tanto, una trasgresión de las obligaciones del Estado colombiano derivadas de las normas del derecho internacional”, que se refieren a la protección de la vida, salud e integridad de las mujeres;

(b) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; pues “En estos casos, el deber estatal de proteger la vida del nasciturus pierde peso, precisamente por estarse ante la situación de una vida inviable. De ahí que los derechos de la mujer prevalezcan y el legislador no pueda obligarla, acudiendo a la sanción penal, a llevar a término el embarazo de un feto que, según certificación médica se encuentra en tales condiciones (...) el recurso a la sanción penal para la protección de la vida en gestación entrañaría la imposición de una conducta que excede la que normalmente es exigible a la madre, puesto que la mujer debería soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de la vida del ser que por su grave malformación es inviable”;

(c) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto; pues se consideró que “La dignidad de la mujer excluye que pueda considerarse como mero receptáculo, y por tanto el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve [...] un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la de la mujer en todos los sentidos [...] penalizar la interrupción del embarazo en estos casos supone también una injerencia desproporcionada e irrazonable en la libertad y dignidad de la mujer”.

Afirma que en la Sentencia C-355 de 2006 no se analizó ni se consideró el aborto como un servicio de salud o se sostuvo que su despenalización impactara el sistema de seguridad social en salud, en materia de aborto, según consta en el Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo realizada en El Cairo, del 5 al 13 de septiembre de 1994 y relativo a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General de la ONU en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, y la cual entró en vigor el 3 de septiembre de 1981, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 2°), los Estados partes de la citada Convención, entre los que se encuentra Colombia, no sólo se comprometieron a que “[c]ualesquiera medidas o cambios relacionados con el aborto que se introduzcan en el sistema de salud se pueden determinar únicamente a nivel nacional o local **de conformidad con el proceso legislativo nacional**” (negrillas fuera del texto), sino a “**reducir el recurso al aborto** mediante la prestación de más amplios y mejores servicios de planificación de la familia”, “**hacer todo lo posible por eliminar la necesidad del aborto**” y a ofrecer “con prontitud servicios de planificación de la familia, educación y asesoramiento postaborto que ayuden también a **evitar la repetición de los abortos**” (numeral 8.25, negrillas fuera del texto). Lo que significa que ni por la Sentencia C-355 de 2006 ni al margen de ésta podía el Gobierno Nacional intentar reglamentar el aborto o “servicio de interrupción voluntaria del embarazo” y mucho menos con el objeto de hacerlo un servicio de salud financiado públicamente y de prestación obligatoria, como se dispone en el Decreto demandado.

Reitera que, como bien lo expresó esta Sala en el Auto que ordenó la suspensión provisional de la norma demandada y a diferencia de lo manifestado por la entidad demandada y algunos impugnantes e intervinientes, las facultades reglamentarias del Gobierno Nacional sí son limitadas y específicas y éste no puede reglamentar, por ejemplo, un servicio médico que no existe en la Constitución, en la Ley o en norma jurídica alguna, como plenamente lo demuestra el hecho de que todas las normas administrativas proferidas con posterioridad al Decreto 4444 de 2006 sobre la materia del aborto están fundamentadas en el mismo y no directamente en otras normas o exclusivamente en la Sentencia C-355 de 2006.

Destacó que con anterioridad a la vigencia del Decreto 4444 de 2006 únicamente existía dentro de los servicios de salud el “legrado uterino” (Resolución 5261 de 1994, artículo 67, código 12111) y que, por el contrario, únicamente con

posterioridad y con fundamento en el mismo fue que: (i) el Ministerio de la Protección Social profirió la Resolución 004905 de 2006 y la Circular Externa 003 de 2007⁴; (ii) el Consejo Nacional de Seguridad Social en salud profirió el Acuerdo 000350 de 2006⁵ y (iii) la Comisión de Regulación en Salud profirió los Acuerdo 03⁶ de 2009.

A su vez, también destacó que fue con posterioridad a la suspensión del mencionado Decreto y supuestamente con fundamento en sentencias de tutela de distintas Salas de Revisión de la Corte Constitucional —aunque éstas igualmente fueron proferidas en vigencia y con fundamento en el Decreto 4444 de 2006—, que

⁴ Circular Externa 0031 del 22 de mayo de 2007. “Asunto: INFORMACIÓN SOBRE LA PROVISIÓN DE SERVICIOS SEGUROS DE INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO, NO CONSTITUTIVA DEL DELITO DE ABORTO”. En su parte motiva expresamente se dispone: “En cumplimiento de lo dispuesto en la Sentencia C-355 de 2006 y de conformidad con lo establecido en el Decreto 4444 de 2006 y la Resolución 4905 del mismo año”.

⁵ Acuerdo 000350 del 22 de diciembre de 2006, “por medio del cual se incluye en el Plan Obligatorio de salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado la atención para la interrupción voluntaria del embarazo”. “**EL CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, en ejercicio de sus atribuciones legales, en especial de las conferidas en el artículo 172 de la Ley 100, y [...] CONSIDERANDO:** [...] Que actualmente en el Plan Obligatorio de Salud ya se encuentra cubierto el procedimiento de legrado uterino, con código 12111 en el artículo 67, correspondiente a actividades, procedimientos e intervenciones de Obstetricia del manual de actividades, procedimientos e intervenciones del Plan Obligatorio de Salud adoptado mediante Resolución 5261 de 1994, el mismo que se puede usar para la terminación del embarazo según norma técnica expedida por el Ministerio de la Protección Social [...] Que el Ministerio de la Protección Social mediante Decreto 4444 de 2006 reglamentó la atención para IVE como parte de las acciones de la salud sexual y reproductiva y que mediante la Resolución 4905 de 2006, adoptó la norma técnica sobre el particular: [...] Que el Comité de Medicamentos y Evaluación de Tecnología, como ente asesor del CNSSS, aprobó recomendar la técnica de aspiración al vacío para la interrupción del embarazo en el Plan Obligatorio de Salud, acorde con la Norma Técnica y la reglamentación adoptada por el Ministerio de la Protección Social” (Subrayas fuera del texto).

⁶ Acuerdo 03 del 30 de julio de 2009, “Por el cual se aclaran y se actualizan integralmente los Planes Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado”. Anexo 3: “**ARTICULO 64. INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO.** En el POS-C están cubiertos para la IVE el legrado o curetaje uterino así como la aspiración al vacío, conforme disposiciones contenidas en el Decreto 4444 de 2006 y norma técnica adoptada mediante Resolución 4905 de 2006, en los siguientes casos:

- a. Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico;
- b. Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico, y
- c. Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto”.

[...]

ARTÍCULO 74. ACCIONES PARA LA RECUPERACIÓN DE LA SALUD. El POS-S en el esquema de subsidio pleno, incluye las actividades, procedimientos e intervenciones según los siguientes niveles de cobertura y grados de complejidad, teniendo en cuenta los contenidos y definiciones establecidas en el presente Acuerdo:

[...] 8. Atención de los siguientes procedimientos quirúrgicos, según las normas técnicas vigentes [...] Interrupción voluntaria del embarazo, mediante legrado o curetaje uterino o mediante aspiración al vacío, conforme disposiciones contenidas en el Decreto 4444 de 2006 y norma técnica adoptada mediante Resolución 4905 de 2006, en los siguientes casos:

- (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico;
- (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico, y
- (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

(iv) la Comisión de Regulación en Salud profirió los Acuerdos 08 de 2009⁷ y 029 de 2011⁸ y (v) la Superintendencia Nacional de Salud profirió las Circulares 058 de 2009⁹ y 03 de 2011¹⁰ (en donde incluso nuevamente se hace mención a la Resolución 004905 de 2006, como bien lo explicó dentro de este proceso el apoderado del Hospital San Ignacio de Bogotá)¹¹.

Lo anterior quiere decir que únicamente con posterioridad y con fundamento en el Decreto 4444 de 2006 y en su norma técnica (Resolución 004905 de 2006) aparece dentro del ordenamiento jurídico colombiano el denominado “servicio de interrupción voluntaria del embarazo”, lo que significa que con esta norma el Gobierno Nacional claramente excedió la competencia que le asigna el artículo 189.11 constitucional.

⁷ Acuerdo 08 del 29 de diciembre de 2009, “por el cual se aclaran y actualizan los Planes Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado”, Anexo 4. “**Artículo 48. Interrupción voluntaria del embarazo. En el POS-C están cubiertos para la IVE el legrado o curetaje uterino así como la aspiración al vacío, conforme a la jurisprudencia vigente, en los siguientes casos:** [...] 1. Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico. [...] 2. Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico, y [...] 3. Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto [...]

Artículo 61. Acciones para la recuperación de la salud. El POS-S en el esquema de subsidio pleno, incluye las actividades, procedimientos e intervenciones según los niveles de cobertura y grados de complejidad, contenidos y definiciones establecidas en el presente Acuerdo y en el Anexo 2 del mismo [...]

f). Atención de los siguientes procedimientos quirúrgicos, según las normas técnicas vigentes [...] – Dilatación y legrado para terminación del embarazo” (Subrayas fuera del texto).

⁸ Acuerdo 029 de 2011, “Por el cual se sustituye el Acuerdo 028 de 2011, que define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud”. Anexo 5. Procedimiento 695101. “Aspiración al vacío de útero para terminación del embarazo”. Procedimiento 750201. “Dilatación y Legrado para terminación del embarazo”.

⁹ Circular 058 del 27 de noviembre de 2009 “Adiciones, modificaciones y exclusiones de la Circular Única 47 de 2007 modificada por las Circulares 48, 49, 50, 51, 52 de 2008 y 57 de 2009”. Allí se dispone que “Primero. En cumplimiento a lo ordenado por la honorable Corte Constitucional mediante Sentencia T-388 de 2009, la Superintendencia Nacional de Salud insta a las IPS, que tengan habilitado el servicio de Ginecología, independientemente de si son públicas o privadas, laicas o confesionales, a dar cumplimiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en el referido fallo, para lo cual deberán contar con las personas profesionales de la medicina, así como con el personal idóneo y suficiente para atender el servicio de interrupción voluntaria del embarazo bajo los supuestos previstos en la Sentencia C-355 de 2006”, entre otros.

¹⁰ Circular 03 del 27 de septiembre de 2011. “Asunto: Cumplimiento de las directrices de las Sentencias C-355 de 2006 y T-388 de 2009 de la Corte Constitucional”. En cuyos fundamentos se afirma que “si bien es cierto que la aplicación del Decreto 4444 de 2006 queda suspendida por decisión del Consejo de Estado, hasta que no exista una sentencia dentro del proceso donde se tomó esta decisión, el acceso a los servicios para la IVE no dependen de esta norma, y que estos se encuentran regulados por normas posteriores plenamente vigentes, incluyendo sentencias posteriores de la Corte Constitucional en esta materia, a saber: [...] - Sentencias de la Corte Constitucional: C-355 de 2006, T-171 y T-988 de 2007, T-209 y T-946 de 2008 y T-388 de 2009”. Y se hace mención a los ya citados Acuerdo 008 de 2009 de la Comisión de Regulación en Salud, Resolución 004905 de 2006 y Circular 0031 de 2007 del Ministerio de la Protección Social.

¹¹ La mayoría de los actos administrativos hasta aquí mencionados que, de hecho, por razón de fundamentarse parcial o totalmente, expresa o tácitamente en el Decreto 4444 de 2006, actualmente se encuentran demandados ante el Consejo de Estado. Ver: Procesos 11001032400020110046800 y 11001032400020120001700.

Manifiesta que tanto la entidad demandada como algunos de los intervinientes y terceros opositores aducen como argumento para justificar el Decreto 4444 de 2006 que el aborto, o "IVE", es un servicio de salud y que, por tanto, su regulación se justifica a partir de las normas constitucionales y legales que en el mismo se invocan relativas a los deberes y las potestades del Estado (y del Gobierno específicamente) en esta materia, toda vez que para el Ministerio Público esta argumentación de ninguna manera puede ser de recibo y, por el contrario, considera que ni antes ni después de la Sentencia C-355 de 2006 el aborto es un servicio de salud toda vez que:

Señala que antes de proferirse la Sentencia C-355 el aborto era una conducta delictiva, en todos los casos, en que podía incurrir tanto la mujer que abortara como la persona que le procurara el aborto y únicamente se atenuaba la pena que se asignaba a esa conducta o, excepcionalmente el juez podía prescindir de la pena pero, como es lógico, de ninguna manera estaba penalizado un servicio de salud.

En lo relativo a los servicios de salud, al mismo tiempo que el aborto era un delito en todos los casos, el "*legrado uterino (obstétrico)*", el cual incluía "*aborto, aborto incompleto o endometritis perperar*", se trataba como un servicio de salud desde el año 1994, cuando fue incluido en la Resolución 5261 del Ministerio de Salud de ese año para los casos de "*aborto retenido, mola hidatiforme clásica, incompleta o parcial o no especificada, otros casos anormales de la concepción, detención del desarrollo del huevo y molda no hidatiforme, aborto espontáneo, entre otros*."

Señala que la Corte Constitucional precisó que en la Sentencia C-355 de 2006 únicamente se estaban estableciendo unos casos específicos y condicionales en que el aborto (nunca habla de IVE, denominación que sólo se introdujo con el Decreto 4444 de 2006) "*no constituye delito*", pero, se reitera, jamás se refirió al mismo como un servicio de salud¹².

¹² Con respecto al tratamiento como servicio de salud que la entidad demandada y algunos intervinientes pretenden que se de al aborto, y que efectivamente se da al mismo en el Decreto 4444 de 2006 supuestamente con fundamento en la Sentencia C-355 de 2006, bien vale la pena hacer mención al caso de la Sentencia C-239 de 1997 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), en donde si bien se indicó que el homicidio por piedad "*en el caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto*", no constituye delito, pues consideró que dicha conducta "*está justificada*" (Resuelve Primero) y, así, aunque allí se consideró que la penalización del homicidio por piedad (eutanasia) al que consentía el paciente, era contraria a la dignidad humana, e incluso se estableció que para que la conducta fuera justificada debía ser realizada por un profesional de la salud, al mismo tiempo se exhortó "*al Congreso para que en el tiempo más*

Agrega que en esa misma sentencia, la Corte Constitucional se pronunció in extenso sobre el carácter pro vida de la Constitución de 1991¹³ y advirtió que, aún en los casos en que se despenaliza el aborto, si la mujer deseaba seguir adelante con el embarazo el Estado estaba en la obligación de prestarle los servicios de salud correspondiente. En este sentido, expresó: *“Debe aclarar la Corte, que la decisión adoptada en esta sentencia, no implica una obligación para las mujeres de adoptar la opción de abortar. Por el contrario, en el evento de que una mujer se encuentre en alguna de las causales de excepción, ésta puede decidir continuar con su embarazo, y tal determinación tiene amplio respaldo constitucional. No obstante, lo que determina la Corte en esta oportunidad, es permitir a las mujeres que se encuentren en alguna de las situaciones excepcionales, que puedan acorde con los fundamentos de esta sentencia, decidir la interrupción de su embarazo sin consecuencias de carácter penal, siendo entonces imprescindible, en todos los casos, su consentimiento”* (negrillas fuera del texto).

De manera todavía más específica, en esta Sentencia, en atención de los derechos a la vida, a la salud, a la dignidad, a la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad, se establecieron los ocho (8) casos concretos en que el aborto no constituye delito, agrupados en las tres (3) causales generales ya citadas. Sin embargo, sólo en una de esas causales hace relación al riesgo para la vida y la salud de la mujer pero, aún en ésta, el aborto no se considera como una intervención médica necesaria, sino que únicamente se exige que un profesional de la medicina certifique el riesgo para la salud y para la vida, y que la mujer

breve posible, y conforme a los principios constitucionales y a elementales consideraciones de humanidad, regule el tema de la muerte digna” e incluso se dispuso que *“mientras se regula el tema, en principio, todo homicidio por piedad de enfermos terminales debe dar lugar a la correspondiente investigación penal, a fin de que en ella, los funcionarios judiciales, tomando en consideración todos los aspectos relevantes para la determinación de la autenticidad y fiabilidad del consentimiento, establezcan si la conducta del médico ha sido o no antijurídica, en los términos señalados en esta sentencia”*. Sin embargo, en ningún momento se entendió que, a partir de esa sentencia, la eutanasia debería ser un servicio de salud y mucho menos financiado públicamente y de obligaría prestación, como se pretende hacer en el caso del aborto con el Decreto 4444 de 2006, en contravía y yendo mucho más allá del análisis constitucional y de lo establecido en la parte resolutive de la Sentencia C-355 de 2006.

¹³ Así, se dice en la citada sentencia, por ejemplo: *“Puede afirmarse entonces, que en virtud de lo dispuesto en distintos preceptos constitucionales, la Carta de 1991 se pronuncia a favor de una protección general de la vida. Desde esta perspectiva, toda la actuación del Estado debe orientarse a protegerla y no sólo y exclusivamente en un sentido antropocéntrico”*¹³. Este deber de protección de la vida como valor constitucional trasciende del plano meramente axiológico al normativo y se constituye como mandato constitucional en una obligación positiva o un principio de acción, según el cual todas las autoridades del Estado, sin excepción, en la medida de sus posibilidades jurídicas y materiales, deben realizar todas las conductas relacionadas con sus funciones constitucionales y legales con el propósito de lograr las condiciones para el desarrollo efectivo de la vida humana. El deber de protección de la vida en cabeza de las autoridades públicas se erige entonces como la contrapartida necesaria del carácter de la vida como bien constitucionalmente protegido, y como tal ha dado lugar a la creación de múltiples líneas jurisprudenciales por parte de esta Corporación”.

consienta o desee abortar, pero no que el aborto se recomiende como médicamente necesario. De hecho, se reitera, si la mujer no desea abortar, aun estando en esta causal, los profesionales de la medicina están en la obligación de prestarle los servicios de salud que requiera.

Para ilustrar lo anterior, argumenta que la medicina se rige por el principio de beneficencia y, por ello, tanto los servicios de salud como los medicamentos, como por ejemplo lo dijo el INVIMA al negarse a reconocer o aceptar un medicamento compuesto por misoprostol (hasta la fecha de este escrito aprobado únicamente como oxitócico para la interrupción del embarazo con feto muerto y retenido, y tratamiento de aborto incompleto¹⁴) y mifepristona (ambos recomendados para el aborto en la Resolución 00049, Norma Técnica del Decreto 4444 de 2006), tiene por objeto procurar la vida y de ninguna manera procurar la muerte, como sucede con el aborto¹⁵.

Afirma que la práctica del aborto no es únicamente “*poco común*” en las instituciones de salud, como dice la apoderada del Ministerio de la Protección Social, sino ajena y de hecho contraria a la naturaleza y fines de estas instituciones, hasta el punto de que muchas se oponen radicalmente a hacerlo, como se constata, a manera de ejemplo, con algunas de las intervenciones algunos de los coadyuvantes en el presente proceso, quienes señalan que las “*limitaciones impuestas por el Decreto 4444 de 2006, afectan grave y negativamente a toda la profesión médica*”.

Si con la sola Sentencia C-355 de 2006, así fuera exclusivamente para la causal relativa al riesgo para la salud o la vida de la mujer (pues en las otras dos, relativas a las malformaciones del feto o al embarazo fruto de conductas delictivas ello carece completamente de justificación y sentido), el aborto se transformara automáticamente en un servicio de salud, entonces carecería de sentido que en

¹⁴ INVIMA, Sala Especializada de Medicamentos y Productos Biológicos de la Comisión Revisora, Actas 29 de 2010 y 37 de 2009.

¹⁵ “*La concepción de la medicina y el medicamento es, en principio, procurar y mantener la vida, no destruirla. La Mifepristona por su mismo modo de acción destruye la vida, mata y, por lo tanto, va en contravía de este principio básico y como además no evacúa o expulsa (por no ser oxitócico), requiere de oxitócicos (como prostaglandinas) que complementen el procedimiento* (...)

Esta Sala considera que la indicación solicitada va en contravía del respeto de la vida humana, teniendo en cuenta que su uso involucra la interrupción del embarazo por destrucción fetal con los riesgos que conlleva, lo que lleva a considerarlo con un balance beneficio / riesgo desfavorable. Una cosa es la prevención de la implantación o de la fecundación del óvulo y otra es la de desprender o destruir un producto ya formado o en formación, lo cual puede considerarse aberrante”, INVIMA, Sala Especializada de Medicamentos y Productos Biológicos de la Comisión Revisora, Acta 29 de 2010.

esa sentencia la Corte hubiera dicho que no era necesaria una reglamentación y que únicamente *“si lo consideran conveniente, [los “órganos competentes”] expidan normas que fijen políticas públicas acordes con esta decisión”*. No, el efecto de esa sentencia no fue crear un servicio de salud, lo que además no puede hacer la Corte Constitucional y mucho menos por vía del control constitucional de una norma penal, sino, como allí expresamente se dice, simplemente establecer que *“desde el punto de vista constitucional, basta que se reúnan estos requisitos –certificado de un médico o denuncia penal debidamente presentada, según el caso- para que ni la mujer ni el médico que practique el aborto puedan ser objeto de acción penal en las tres hipótesis en las cuales se ha condicionado la exequibilidad del artículo 122 acusado”*.

Sostiene que hacer del aborto un servicio de salud, de prestación obligatoria y financiación pública, como se pretende con el Decreto 4444 de 2006, no es una obligación del Estado que se desprenda de ninguna norma constitucional ni de ningún instrumento internacional suscrito por Colombia. Es más, como ya se ha dicho, contradice los objetivos que en algunos de esos instrumentos sí se ha establecido, como lo reconoce el Ministerio de la Protección Social en su concepto de enero de 2010, de disminuir el número de abortos y desincentivar su práctica, así como incluso tampoco puede asegurarse que ayude a disminuir la mortalidad materna pues, de hecho, existen estudios que indican que *“[l]a reducción de la mortalidad materna ocurre en paralelo con el incremento del nivel educativo de la mujer¹⁶ y el acceso universal al cuidado prenatal, postnatal y a la atención profesional del parto¹⁷. Esto, indefectiblemente, propone evidencia contrapuesta frente a un supuesto enlace causal entre restricción legal del aborto, magnitud del problema y salud materna. Vale decir, no necesariamente la restricción completa del aborto incrementa su magnitud y conduce al aborto inseguro en términos de morbilidad y mortalidad materna¹⁸¹⁹”*.

Afirma que si después de la Sentencia C-355 de 2006 el aborto se hubiera hecho o se debería transformar en un servicio de salud, de prestación obligatoria y

¹⁶ Allí se cita: McAlister C, Baskett TF. Female education and maternal mortality: a worldwide survey. J Obstet Gynaecol Can 2006;28:983-990.

¹⁷ Allí se cita: cita: Adegoke AA, Van den Broek N. Skilled birth attendances lessons learnt. BJOG 2009;116 Suppl 1: 33-40.

¹⁸ Allí se cita: cita: Donoso-Siña E. Unsafe abortion en Chile. Rev Chil Obstet Ginecol 2008;73:359-361.

¹⁹ Koch E, Bravo M, Gatica S, Stecher JF, Aracena P, Valenzuela S, Ahlers I. Sobrestimación del aborto inducido en Colombia y otros países latinoamericanos. Ginecol Obstet Mex 2012;80(5):360-372

financiación pública, como se pretende con el Decreto 4444 de 2006, entonces después de su suspensión, lo lógico hubiera sido que el Gobierno Nacional hubiera recurrido al Congreso de la República con el fin de lograr su reglamentación como tal, como específicamente se advirtió por parte de esta Sala en el Auto del 15 de octubre de 2009, pero no fue así y hasta la fecha, pasados casi tres (3) años, a través del Ministerio de la Protección Social (y ahora de Salud) el Gobierno Nacional jamás ha propuesto al Congreso de la República ningún proyecto de Ley de esa naturaleza, sino que por el contrario se ha limitado a reproducir o intentar aplicar algunos apartes del Decreto suspendido o de sus normas derivadas, como en su momento lo advirtió a esta misma Sala el Jefe del Ministerio Público.

Considera que se deben rechazar todos los argumentos que se han presentado dentro del presente proceso en los que se pretende dar al aborto el alcance de un servicio de salud y así, forzadamente, enmarcarlo dentro del ámbito de competencias del Estado y del Gobierno Nacional a las que hacen referencia los artículos 48 y 49 de la Constitución Política y las Leyes 10 de 1990, 100 de 1993 y 715 de 2001.

Por lo tanto, el primer cargo de la demanda *sub examine* tiene vocación de prosperidad. Pero, además de la declaratoria de nulidad del acto acusado, se debe indicar a los distintos operadores jurídicos públicos y privados que se desenvuelven en el ámbito de la salud, que ninguno de ellos puede aplicar o reproducir, ni siquiera parcialmente, el Decreto 4444 de 2006 (actualmente suspendido) y que todos los actos administrativos fundamentados en el mismo han perdido su fuerza ejecutoria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 91 del Código de lo Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo²⁰ (y artículo 66 del anterior Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984²¹).

²⁰ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículo 91: “*Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos: 1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. 2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho. 3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos. 4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto. 5. Cuando pierdan vigencia*”.

²¹ “*ARTICULO 66. PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:*

En coherencia con el primer cargo y teniendo en cuenta los argumentos de la entidad accionada, además de lo que ya se ha dicho sobre por qué el aborto no puede considerarse, ni desde la Sentencia C-355 de 2006, la Constitución, la Ley, los tratados internacionales o desde su propia naturaleza, como un servicio de salud, el Ministerio Público pone de presente que es suficiente con advertir que resulta contradictorio decir que la norma demandada no tiene relación alguna con la Sentencia C-355 de 2006 para luego sostener que encuentra su fundamento o busca reglamentar la “nueva situación” que esta última crea, o buscar “*complementar las leyes, haciéndolas más efectivas*”, como lo sostienen la entidad demandada y algunos impugnantes (aún sin perjuicio de que, como ya lo advertía la Sala a ordenar la suspensión provisional de la norma demandada, la facultad reglamentaria no tiene otro fin que “*hacer explícito lo que está implícito en la ley*”).

De igual forma, afirma que también resulta contradictorio que la entidad demandada sostenga reiteradamente que la norma impugnada se ampara en las leyes que en la misma se indican como fundamento para luego ponerlo en duda ella misma al afirmar que “*aún en el evento en que el Decreto 4444 de 2006 se hubiera expedido al amparo de la facultad reglamentaria otorgada en el numeral 11 del artículo 189 Superior, sin que existiera esa reglamentación, dicha norma, puede ser legal si, aún en silencio, tiene asidero en otra facultad gubernamental*” y sostener que cuando “*una norma invoca ciertos fundamentos, ello ocurre por mera cuestión metodológica, no como origen y fuente de la atribución, a tal grado que esa misma norma continúa siendo igual de legal, aún sin invocar la fuente que le asigna la función ejercida, desde luego, siempre y cuando ésta exista [...] con igual razón, la norma expedida, con base en una fuente de derecho equivocada, pues en realidad lo es otra distinta, resulta igualmente legal, si la fuente existe*”. Así, se destaca que la misma entidad demandada pone en duda el fundamento del Decreto 4444 de 2006 y pretende justificar que el mismo puede sostenerse en normas imaginadas o en todo caso no señaladas.

De otra parte, sostiene que si ya se ha demostrado que el aborto no tiene ni tuvo, ni siquiera en la Sentencia C-355 de 2006, el carácter de un servicio de salud, es claro que al mismo el Gobierno Nacional no puede imponerle, por vía de un

1. Por suspensión provisional.

2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.

3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.

4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.

5. Cuando pierdan su vigencia”.

decreto reglamentario, las mismas reglas o consecuencias jurídicas que otras normas legales establecen para la administración y financiación de los servicios de salud, así como las consecuencias sancionatorias que tiene el incumplimiento de estas obligaciones.

En tercer lugar, el Ministerio Público considera que tampoco puede ser de recibo la argumentación de la entidad demandada de conformidad con la cual en el Decreto 4444 de 2006 no se violó la reserva de ley estatutaria relativa a la reglamentación de los derechos fundamentales, pues señalar que en el artículo 5° de la norma demandada simplemente se reiteró lo señalado en la Sentencia C-355 de 2006, además de contrariar lo que el mismo Ministerio dice sobre la relación entre el Decreto 4444 de 2006 y la citada sentencia, supone darle efectos de Ley a un simple párrafo de la parte motiva de esta sentencia que, sin lugar a dudas, hace parte de su *obiter dicta* y que, en todo caso, no integra su parte resolutive y, por tanto, no es obligatorio o vinculante (artículo 48 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia). Además, el mismo demandante advirtió de la manera como el citado párrafo no fue discutido por la Sala Plena de la Corte Constitucional al adoptar la Sentencia C-355 de 2006.

En cuarto lugar, la Delegada concluye que tampoco asiste razón a la entidad demandada cuando afirma que, contrario a lo que acusa el demandante, la norma demandada no modificó el Plan Obligatorio de Salud y, por tanto, no invadió la competencia del Consejo de Seguridad Social en Salud (hoy Comisión de Regulación en Salud-CRES), toda vez que el artículo 4° de la norma demandada sí se refiere a la financiación pública del aborto o IVE que, finalmente, se hace por vía del POS y, en todo caso, como ya se indicaba, el Acuerdo 350 de 2006, citado por la entidad demandada, fue proferido con posterioridad al Decreto 4444 de 2006, reiterando la argumentación que allí se hizo respecto de la Sentencia C-355 de 2006 y con fundamento en el mismo.

Destaca que, además de lo que ya se ha dicho en el sentido de que la Sentencia C-355 de 2006 no puede ser ni el fundamento ni el objeto del Decreto 4444 de 2006 pues la competencia de reglamentación debe ceñirse y tiene por el objetivo el cumplimiento de la Ley —y una Sentencia no puede hacer las veces de Ley—, aún si se aceptara que la Sentencia C-355 de 2006 fue el fundamento, y no el objeto, del Decreto 4444 de 2006, es claro que el Decreto 4444 de 2006 sí tendría

que limitarse a ese fundamento y no podría sobrepasar sus límites, pues de hacerlo, tendría que tener otro sustento. De igual forma, sí el objeto de la norma demandada era reglamentar determinadas leyes así debería decirlo, cosa que no hace, y también debería limitarse a su contenido y de ninguna manera pretender hacer lo que el legislador no ha previsto.

Así mismo, aun cuando la competencia de la Comisión de Regulación en Salud deba ejercerse de conformidad con lo que diga el Gobierno Nacional, cuya Oficina Jurídica efectivamente dio su aval al Acuerdo 350 de 2006 del Consejo Nacional de Seguridad Social (como allí mismo se indica), esto no significa que el Gobierno Nacional no tenga límites pues, como aquí se ha insistido, la competencia de reglamentación del Gobierno Nacional está establecida y debe ejercerse de conformidad con la Ley y para el cumplimiento de la Ley. En este sentido, esta Procuraduría encuentra que el actor tiene razón al señalar que con el Decreto 4444 de 2006, el Gobierno Nacional excedió los alcances de la Sentencia C-355 de 2006 —incluso sin perjuicio de que ésta se entienda como el objeto, el fundamento o el motivo de la norma demandada— pues en esta Sentencia, además de que en ningún momento se trató el aborto, ni siquiera en los casos despenalizados, como el “servicio de interrupción voluntaria del embarazo”, mucho menos se señaló en su parte resolutive que el mismo fuera (i) un servicio médico de obligatoria prestación; (ii) un servicio financiado públicamente; y (iii) un servicio que supone o permite la limitación del derecho fundamental a la objeción de conciencia.

Agrega que por el contrario, y como ya se ha dicho, en la Sentencia C-355 de 2006 la Corte Constitucional estudió una conducta delictiva, esto es, típica, antijurídica y culpable, y encontró desproporcionado penalizar esta conducta en todos los casos, por lo que señaló aquellos en los que no lo era, pero no fijó obligaciones para el Estado o los particulares, ni modificó las competencias de los organismos que desarrollan sus funciones en el ámbito de la salud o “*modificó el alcance del POS del régimen contributivo y subsidiado*”, ni “*fijó las condiciones para la práctica del mismo [servicio]*” como injustificadamente sostienen algunos impugnantes.

Afirma que tan es cierto que fue el Decreto 4444 de 2006 la razón por la cual se incluyó el “servicio de interrupción voluntaria del embarazo”, que así se reconoció

en el Acuerdo 350 de 2006 y, posteriormente, en los artículos 64 y 74 del Acuerdo 03 de 2009 de la Comisión de Regulación en Salud (CRES).

Como último de sus reproches constitucionales, el actor advierte (i) que “[l]a Ley 100 de 1.993 en ningún caso faculta al Gobierno Nacional para que, por vía de decreto, modifique el POS”; (ii) que el artículo 48 de la Constitución Política somete la seguridad social, como servicio público de carácter obligatorio, a “los términos que establezca la ley”; y (iii) que la misma Constitución asigna al Congreso de la República, en el numeral 23 del artículo 150, para “[e]xpedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de servicios públicos” y, en el artículo 152, que establece que “[m]ediante leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias: a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección”, lo que considera que es el caso del derecho a la objeción de conciencia, el cual indica que se deriva del derecho fundamental a la libertad de conciencia, reconocido en el artículo 18 de la Constitución Política y en el artículo 18 de la Declaración de los Derechos Humanos.

Recalca que como ya se ha referido a la manera como el Decreto 4444 de 2006 sí hizo o por lo menos sirvió de fundamento para una modificación en el Plan Obligatorio de Salud, así como a los límites constitucionales y legales de la facultad reglamentaria del Gobierno Nacional (entre los que debe incluirse, como bien lo señalan algunos impugnantes de conformidad con el artículo 1° de la Ley 10 de 1990 los aspectos previstos en los mismos servicios de salud) y porque, en todo caso, el aborto no puede entrar a formar parte —y mucho menos de manera automática y sin que medie la función legislativa y, por tanto, el respeto al principio democrático— del sistema de seguridad social en salud, simplemente porque dejó de ser delito en unos casos específicos y condicionados; en este último el Ministerio Público se limitará a referirse específicamente a la violación de la reserva de ley estatutaria en que se incurre con la norma demandada.

Advierte que, como bien lo destaca el actor con relación al derecho a la objeción de conciencia, en su salvamento de voto ante la Sentencia C-355 de 2006 los Magistrados Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra, en efecto dijeron que “la improcedencia de la objeción de conciencia institucional o la aplicabilidad inmediata de la sentencia sin necesidad de previa reglamentación, no

fueron definidos dentro de las deliberaciones que llevaron a la adopción del fallo, como puede corroborarse con la lectura de las actas correspondientes”.

Alude a la Aclaración de Voto a la Sentencia T-388 de 2009, efectuada por el Magistrado Juan Carlos Henao, en la cual señaló que “[l]a mayoría de la Sala compartió la tesis según la cual la prohibición de la objeción de conciencia institucional tuvo origen en la sentencia C-355/06, con base en la siguiente expresión: ‘Cabe recordar además, que la objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas, o el Estado. Solo es posible reconocerlo a personas naturales, de manera que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia.’ Este mismo extracto se reitera en otras decisiones jurisprudenciales. Sin embargo, tanto en la primera como en las segundas sentencias no hubo una argumentación sobre tan importante tema. No se puede concluir entonces, que existe una postura decantada con relación a la prohibición de la objeción de conciencia institucional o de persona jurídica en la jurisprudencia constitucional colombiana. Simplemente se ha dado por cierta una afirmación que se repite en ciertos fallos, a pesar de que no se ha argumentado debidamente sobre este problema jurídico. **Aunado a que este tema no fue discutido por la Sala Plena durante la elaboración de la sentencia C-355 de 2006, en la presente sentencia tampoco se argumentó lo suficiente sobre el mismo**” (negritas fuera del texto).

Finalmente, recalca que la misma Sala Plena de la Corte Constitucional al negar la nulidad de la Sentencia T-388 de 2009 por medio del Auto 283 de 2010 (aunque reconociendo la incidencia que tenía la suspensión provisional del Decreto 4444 de 2006 en el cumplimiento de lo que en la misma se ordena²²), también haría este reconocimiento, cuando consideró que no había podido presentarse un

²² “[S]e resalta por parte de la Sala que al momento de ser tomada la decisión -30 de mayo de 2009- el decreto 4444 de 2006 se encontraba surtiendo plenos efectos dentro del ordenamiento jurídico, de manera que no puede decirse que la sentencia tomo como presupuesto de sus argumentos un cuerpo normativo que se encontraba derogado o suspendido, ya que esto implicaría la aplicación retroactiva de la providencia del Consejo de Estado que suspendió la vigencia del decreto.

Asunto diferente será el cumplimiento de algunas de las órdenes proferidas en la sentencia de tutela, cuya eficacia puede verse afectada por la suspensión de que fue objeto el decreto 4444 de 2006, lo que, no obstante, no configura un cambio de jurisprudencia o cualquier otra causal de nulidad de la sentencia T-388 de 2009” Auto 283 de 2010 (negritas fuera del texto).

cambio de jurisprudencia frente a este asunto si es que la referencia al mismo en la Sentencia C-355 de 2006 era *obiter dicta*²³.

Manifiesta que por lo tanto, es claro que en la Sentencia C-355 de 2006 la Sala Plena de la Corte Constitucional no discutió ni sentó un precedente obligatorio sobre este derecho fundamental —como, de hecho, no podía hacerlo en una sentencia de constitucionalidad relativa a una norma del Código Penal que no tiene ninguna relación con el mismo— y, en todo caso, como ya se advertía, es claro que de conformidad con el inciso primero del artículo 48 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, las sentencias de la Corte Constitucional como resultado del examen de las normas legales “*sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en la parte resolutive*”.

Además de lo anterior, advierte que en el Decreto 4444 de 2006 el Gobierno Nacional no sólo quiso reproducir los mencionados párrafos de la Sentencia C-355 de 2006 relativos a la objeción de conciencia, sino que incluso quiso ir más allá de que allí expresamente se dijo, al establecer que en el caso del aborto o la llamada “interrupción voluntaria del embarazo” este derecho sólo podía ejercerlo el personal médico y no el personal administrativo y al establecer e imponer sanciones por la violación a esta restricción, como se entiende que se desprende del artículo 7° del Decreto.

Sostiene que tampoco son válidos ni suficientes los argumentos de los apoderados del Ministerio de la Protección Social de acuerdo con los cuales no puede hacerse una interpretación demasiado amplia de la reserva de ley estatutaria, para lo que hace referencia a la Sentencia C-162 de 2003, y que en la norma demandada tan sólo se reglamentó la “*operancia*” del derecho a la objeción de conciencia pero nunca se definió o reglamentó el derecho como tal.

Lo anterior pues, como ya se advertía, en la Sentencia C-162 de 2003 la Corte Constitucional se refirió a la distinción entre las leyes ordinarias y las leyes

²³ “*Resulta contradictoria pues afirma que al ser analizado el punto de la objeción de conciencia por parte de autoridades judiciales la Sala de Revisión cambió la jurisprudencia; sin embargo, dentro de la sustentación de ese mismo punto en el documento del recurso se afirma “[a] juicio del Procurador General de la Nación, este único párrafo de la Sentencia C-355 de 2006 sobre la objeción de conciencia no tiene carácter de ratio decidendi, sino de obiter dictum. Así también parece inferirse del salvamento de voto expresado por los Magistrados disidentes Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil, (...)”.* Salta a la vista la patente contradicción entre la afirmación de cambio de jurisprudencia y la negación del carácter de ratio decidendi al único párrafo de la sentencia C-355 de 2006 que trata el tema de la objeción de conciencia, razón por la cual esta parte de la causal carece de aptitud para ser considerada como cargo alguno contra la sentencia T-388 de 2009”. Auto 283 de 2010.

estatutarias, y señaló una interpretación restrictiva de la reserva para no entorpecer “*la función legislativa*” pero no se refirió a la función reglamentaria. Y porque, en todo caso, es claro que “[*los elementos estructurales esenciales del derecho fundamental deben regularse mediante ley estatutaria [...y que éstas leyes...] están encargadas de regular únicamente los elementos estructurales esenciales de los derechos fundamentales y de los mecanismos para su protección, pero no tienen como objeto regular en detalle cada variante de manifestación de los mencionados derechos o todo aquellos aspectos que tengan que ver con su ejercicio*” (Sentencia C-818 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y, en el caso de la norma demandada, esta Procuraduría encuentra que el Gobierno Nacional no sólo pretendió ejercer la función reglamentaria respecto de un derecho fundamental al que no se refieren de ninguna forma las Leyes que se aducen como fundamento u objeto de la reglamentación, sino que además pretendió establecer allí quiénes son los sujetos del derecho (personas naturales y no personas jurídicas, prestadores directos y no personal administrativo), cuál es la “*operancia*” de este derecho, es decir, su procedencia y límites, entre otros elementos esenciales del derecho que, por tanto, sí están sujetos a la reserva de Ley Estatutaria y que además deben reglamentarse de conformidad con lo establecido en el artículo 18 Superior y diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad y no al capricho del Ejecutivo.

Por último, afirma que no es cierto que la Corte Constitucional por vía de *ratio decidendi* de sentencias de tutelas haya resuelto ya el tema de la titularidad y condiciones del derecho a la objeción de conciencia, como lo señalan algunos de los impugnantes, que no sólo la Constitución establece expresamente que los derechos fundamentales deben reglamentarse por vía de Leyes Estatutarias (Artículo 152), como lo aducen el demandante y algunos coadyuvantes, y las sentencias de tutela sólo tienen efecto *inter partes* (salvo que se declare, como no ha sucedido hasta ahora en esta materia, el efecto *inter comunis* o la existencia de un *estado de cosas inconstitucionales*), sino que ni siquiera en las sentencias de constitucionalidad sobre el tema de la objeción de conciencia frente al servicio militar, respecto del que hay el mayor número de sentencias sobre esta materia, la Corte Constitucional ha entendido que el tema ya esté agotado ni ha querido usurpar la competencia del Congreso de la República, como quedó claro en la

Sentencia C-728 de 2009, en donde expresamente se exhorta al Congreso de la República a reglamentar esa materia.

Por las razones expuestas, la Procuraduría Delegada manifiesta que la disposición acusada sí contraría la Constitución Política y, en consecuencia, considera que la nulidad impetrada tiene vocación de prosperidad y solicita que así se declare por esta Honorable Corporación.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. El acto acusado

El actor solicita que se declare la nulidad del Decreto 4444 de 2006 (13 de diciembre), por el cual el Presidente de la República, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales y, en especial, de las previstas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y los artículos 1° de la Ley 10 de 1990, 154 y 227 de la Ley 100 de 1993, y 42 de la ley 715 de 2001, “*reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva*”, cuyo texto es el siguiente:

Se reproduce su texto, conforme a la publicación del Decreto 4444 de 2006 en el Diario Oficial No. 46.481 de 2006 (13 de diciembre).

“DECRETO 4444 DE 2006
(diciembre 13)

por el cual se reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial de las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y los artículos 1° de la Ley 10 de 1990, 154 y 227 de la Ley 100 de 1993, y 42 de la Ley 715 de 2001,

CONSIDERANDO:

Que la honorable Corte Constitucional, mediante Sentencia [C-355](#) del 10 de mayo de 2006, declaró exequible el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la

vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto;

Que la honorable Corte Constitucional consideró que, aunque para la inmediata aplicación de la Sentencia C-355 de 2006 no era necesaria una reglamentación, tal circunstancia no impide que el regulador en el ámbito de la seguridad social en salud, en cumplimiento de sus deberes y dentro de la órbita de su competencia, adopte decisiones respetuosas de los derechos constitucionales de las mujeres, como por ejemplo, aquellas encaminadas a regular su goce efectivo en condiciones de igualdad y de seguridad dentro del sistema de seguridad social en salud y, si lo considera conveniente, expida normas que fijen políticas públicas que permitan el goce de los derechos protegidos por la Sentencia;

Que es deber del Estado garantizar la provisión de servicios de salud seguros y definir los estándares de calidad que garanticen el acceso oportuno, en todo el territorio nacional y en todos los grados de complejidad, a los procedimientos de interrupción voluntaria del embarazo, en los eventos no constitutivos de delito de aborto, al tenor de lo dispuesto en la Sentencia [C-355](#) de 2006;

Que conforme al Acuerdo de la Asamblea General de las Naciones Unidas (1999) en el que se consideró que "*en circunstancias donde el aborto no sea ilegal, los sistemas de salud deben entrenar y equipar a los proveedores de los servicios de salud y tomar otras medidas para asegurar que los abortos sean seguros y accesibles...*", la Organización Mundial de la Salud en su rol de asesoría a los Estados Miembros ha venido desarrollando normas y estándares con el objeto de fortalecer la capacidad de los sistemas de salud;

Que corresponde a la órbita de competencia del Gobierno Nacional regular el servicio público esencial de salud y de seguridad social en salud y en tal sentido, se hace necesario adoptar medidas tendientes al respeto, protección y satisfacción de los derechos a la atención en salud de las mujeres, eliminando barreras que impidan el acceso a servicios de salud de interrupción voluntaria del embarazo en los casos y condiciones establecidas en la Sentencia C-355 de 2006, la educación e información en el área de la salud sexual y reproductiva, en condiciones de seguridad, oportunidad y calidad, fijando los requisitos necesarios para su prestación,

DECRETA:

Artículo 1°. *Campo de aplicación.* Las disposiciones del presente decreto aplican, en lo pertinente, a las Entidades Promotoras de Salud, las Administradoras del Régimen Subsidiado, las Entidades Adaptadas, las Empresas de Medicina Prepagada, a las Entidades Departamentales, Distritales y Municipales de Salud, las entidades responsables de los regímenes de excepción de que tratan el artículo [279](#) de la Ley 100 de 1993 y la Ley [647](#) de 2001, y a los Prestadores de Servicios de Salud.

Los servicios de interrupción voluntaria del embarazo en los casos y condiciones establecidas en la Sentencia [C-355](#) de 2006, estarán disponibles en el territorio nacional para todas las mujeres, independientemente de su capacidad de pago y afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, SGSSS.

Los servicios de salud requeridos por las afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, las Administradoras del Régimen Subsidiado y las Entidades Adaptadas se prestarán en las instituciones prestadoras de servicios de salud con las que cada administradora tenga convenio o contrato, o sin convenio cuando se trate de la atención de urgencias. Los servicios de salud requeridos por la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, se efectuarán a través de los Prestadores de Servicios de Salud públicos o aquellos privados con los cuales las Entidades Departamentales, Distritales y Municipales de Salud tengan contrato.

Los servicios de salud requeridos por las afiliadas a los regímenes de excepción contemplados en el artículo [279](#) de la Ley 100 de 1993 y la Ley [647](#) de 2001, serán prestados a través de los Prestadores de Servicios de Salud de las entidades responsables de dichos regímenes.

Artículo 2°. *Disponibilidad del servicio.* La provisión de servicios seguros de Interrupción Voluntaria del Embarazo no constitutiva del delito de aborto, estará disponible en todos los grados de complejidad que requiera la gestante, en las instituciones prestadoras habilitadas para ello, de acuerdo con las reglas de referencia y contrarreferencia, y demás previsiones contenidas en el presente decreto.

Las Entidades Departamentales, Distritales y Municipales de Salud, en el ámbito de sus competencias, deberán garantizar que en la red pública de prestadores de servicios de salud de su jurisdicción, exista disponibilidad suficiente para garantizar el acceso real y la atención oportuna de las gestantes que requieran servicios de IVE en todos los grados de complejidad.

Las Entidades Promotoras de Salud, las Administradoras del Régimen Subsidiado, las Entidades Adaptadas, y las entidades responsables de los regímenes de excepción de que tratan el artículo [279](#) de la Ley 100 de 1993 y la Ley [647](#) de 2001, deberán garantizar un número adecuado de proveedores habilitados para prestar los servicios de que trata el presente decreto y de acuerdo con sus disposiciones, de conformidad con lo previsto en el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad y las normas técnicas que para el efecto expida el Ministerio de la Protección Social.

Las entidades a quienes aplica el presente decreto y los prestadores de servicios de salud deberán garantizar el funcionamiento de los sistemas de referencia y contrarreferencia, de manera que se asegure en forma oportuna la remisión de las gestantes a servicios de mediano y alto grado de complejidad, cuando se presenten complicaciones, o cuando la edad gestacional o el estado de salud de la mujer así lo amerite. Estos deben garantizar igualmente la contrarreferencia a los niveles de baja complejidad para los servicios de promoción de la salud sexual y reproductiva y planificación familiar.

Parágrafo. En ningún caso las entidades de que trata el artículo 1° del presente decreto podrán imponer barreras administrativas que posterguen innecesariamente la prestación de los servicios de que trata el presente decreto, tales como, autorización de varios médicos, revisión o autorización por auditores, períodos y listas de espera, y demás trámites que puedan representar una carga excesiva para la gestante.

El incumplimiento de lo previsto en el presente artículo dará lugar a la imposición de sanciones establecidas en las normas legales por las autoridades competentes.

Artículo 3°. *Normas técnicas.* La atención integral de las gestantes que demanden servicios de que trata el presente decreto se hará con sujeción a las normas técnico-administrativas que expida el Ministerio de la Protección Social. Estas normas serán de obligatorio cumplimiento para la atención de la interrupción voluntaria del embarazo, para garantizar una atención integral y con calidad, y deberán definir los procedimientos médicos o quirúrgicos que se aplicarán según las semanas de gestación. El Ministerio de la Protección Social deberá expedir esta norma dentro de los treinta (30) días siguientes a la vigencia del presente decreto.

Parágrafo. Hasta tanto el Ministerio de la Protección Social adopte las normas técnicas, los prestadores obligados al cumplimiento del presente decreto tendrán como referente la guía "Aborto sin riesgo: Guía técnica y de políticas para sistemas de salud" de la Organización Mundial de la Salud (2003).

Artículo 4°. *Financiamiento.* Los servicios de salud de que trata el presente Decreto que se encuentren contenidos en los Planes Obligatorios de Salud de los regímenes contributivo y subsidiado para las afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, SGSSS, se cubrirán con cargo a la Unidad de Pago por Capitación del respectivo régimen.

Para la población pobre no cubierta con subsidios a la demanda, la atención integral de dichos servicios se cubrirá con cargo a los recursos que financian la prestación de los servicios de salud en la respectiva entidad territorial.

En ningún caso habrá lugar al cobro de cuotas de recuperación por la prestación de servicios de que trata el presente decreto para la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda.

Los servicios de salud para las afiliadas a los regímenes de excepción contemplados en el artículo [279](#) de la Ley 100 de 1993 y la Ley [647](#) de 2001, se cubrirán con cargo a los recursos que financian los citados regímenes.

Artículo 5°. *De la objeción de conciencia.* Con el fin de garantizar la prestación del servicio público esencial de salud, evitar barreras de acceso y no vulnerar los derechos fundamentales protegidos por la Sentencia [C-355](#) de 2006, la objeción de conciencia es una decisión individual y no institucional, que aplica exclusivamente a prestadores directos y no a personal administrativo.

Artículo 6°. *Prohibición de prácticas discriminatorias.* En ningún caso la objeción de conciencia, la no objeción de conciencia o el antecedente de haber practicado o realizado una interrupción voluntaria del embarazo en los términos del presente decreto, podrá constituir una circunstancia de discriminación para la gestante, los profesionales de la salud y los prestadores de servicios de salud. No podrá exigirse esta información como requisito para:

- a) Admisión o permanencia en centros educativos, deportivos, sociales o de rehabilitación;
- b) Acceso a cualquier actividad laboral o permanencia en la misma, excepto cuando se requiera vincular personal para la prestación directa de los servicios regulados por el presente decreto;
- c) Afiliación a una Entidad Promotora de Salud o a una Administradora del Régimen Subsidiado y acceso a los servicios de salud;
- d) Ingreso, permanencia o realización de cualquier tipo de actividad cultural, social, política o económica;
- e) Contratación de los servicios de salud no relacionados con la prestación de los servicios de que trata el presente decreto.

Artículo 7°. *Régimen sancionatorio.* El incumplimiento de las disposiciones del presente decreto dará lugar a la aplicación de las sanciones previstas en el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud, y a las establecidas en el artículo 49 de la Ley 10 de 1990, y la Ley 100 de 1993, según el caso, las cuales serán impuestas por las autoridades competentes en ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control.

El proceso sancionatorio se iniciará de oficio, a solicitud de parte interesada, por información del funcionario público, por denuncia, o queja presentada por cualquier persona, o como consecuencia de haberse tomado con antelación una medida de seguridad o preventiva.

Si los hechos materia del proceso sancionatorio fueren constitutivos de delito o faltas disciplinarias, se pondrán en conocimiento de la autoridad competente, acompañados de las pruebas pertinentes.

Artículo 8°. *Vigencia.* El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. C., a los 13 de diciembre de 2006.

ÁLVARO URIBE VÉLEZ

DIEGO PALACIO BETANCOURT
Ministro de la Protección Social”.

5.2. El contexto en el que se expidió el Decreto 4444 de 2006.

El Decreto 4444 de 2006 se expidió el 13 de diciembre de 2006, luego de proferida la sentencia C-355 del mismo año por parte de la Corte Constitucional, el 10 de

mayo del citado año. Cabe precisar que dicha sentencia tuvo por objeto pronunciarse en relación con las demandas de inconstitucionalidad instauradas contra varios artículos de la Ley 599 de 2000, Código Penal, entre ellos el 122 que consagra:

“Artículo 122. Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior”.

En dicho fallo, la Corte Constitucional resolvió: *“Declarar EXEQUIBLE el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto”.*

Discurrió la Corte en el citado fallo:

“Ahora bien, el que no sea necesaria, para una inmediata aplicación, una reglamentación de las tres hipótesis anteriormente determinadas como no constitutivas del delito de aborto, no impide que el legislador o el regulador en el ámbito de la seguridad social en salud, en cumplimiento de sus deberes y dentro de las respectivas órbitas de competencia adopten decisiones respetuosas de los derechos constitucionales de las mujeres, como por ejemplo, aquellas encaminadas a regular su goce efectivo en condiciones de igualdad y de seguridad dentro del sistema de seguridad social en salud (...).”

Concluyó la Corte: *“Una vez realizada la ponderación del deber de protección de la vida en gestación y los derechos fundamentales de la mujer embarazada, esta Corporación concluyó que la prohibición total del aborto resulta inconstitucional y que por lo tanto, el artículo 122 del Código Penal es exequible a condición de que se excluyeron de su ámbito las tres hipótesis anteriormente mencionadas, las cuales tienen carácter autónomo e independiente.”*

No cabe duda que la sentencia C-355 de 2006 no tuvo por objeto consagrar el **derecho al aborto**, sino despenalizar tres eventos en los cuales su práctica no es constitutiva de delito.

Hechas estas fundamentales precisiones, se tiene que el Decreto 4444 de 2006 fue expedido con fundamento en los artículos 189, numeral 11, de la Constitución Política, 1º de la Ley 10 de 1990, 154 y 227 de la Ley 100 de 1993 y 42 de la Ley 715 de 2001.

Las normas que le sirven de fundamento se refieren en su orden, a la facultad del Presidente de la República de ejercer la potestad reglamentaria “para la cumplida ejecución de las leyes”; al servicio público de salud y la facultad del Estado para intervenir conforme al artículo 32 de la Constitución Política con las finalidades que allí se disponen (artículo 1 de la Ley 10 de 1990); a la intervención del Estado en el servicio público de seguridad Social en Salud con las finalidades que se indican (artículo 154 de la Ley 100 de 1993); al control y evaluación de la calidad del servicio de Salud que corresponde al Gobierno nacional (artículo 227 de la Ley 100 de 1993) y a las competencias de la Nación en el sector salud y en el Sistema general de Seguridad Social en Salud (artículo 42 de la Ley 715 de 2001).

Como se observa, estas normas son el marco de disposiciones que habilitan al Gobierno para intervenir y dictar directrices en el sector salud y en el de la Seguridad Social en Salud.

Cabe precisar entonces que una cosa es expedir un decreto en uso de las facultades que confiere determinada disposición constitucional o legal, como ocurre en el presente caso y otra, muy diferente, reglamentar las leyes para lo cual se requiere, sin duda, la identificación de la ley que se está reglamentando.

No tiene cabida el argumento sostenido por algunos de los impugnantes que pretenden hacer ver que con el Decreto 4444 de 2006 se estaban reglamentando las leyes que le sirven de fundamento, lo cual técnicamente no es posible por dos razones: primero, porque el enunciado de este decreto no dice qué ley está reglamentando y, segundo, porque el contenido de las disposiciones del Decreto 4444 de 2006, no están precisando el alcance de ninguna de las normas legales invocadas, las cuales tan solo son el fundamento de la competencia del Ejecutivo para expedirlo.

La facultad de reglamentar una ley, como se verá más adelante, tiene por finalidad el permitir “la cumplida ejecución de las leyes”, es decir, precisar, aclarar, determinar el alcance de la ley y desarrollarla para facilitar su ejecución, sin exceder el contenido de la misma, ni ampliar su ámbito de operatividad. Por el contrario, servir de fundamento de un acto es dar el soporte para permitir su expedición, es habilitar para su expedición, es otorgar la competencia.

Hechas estas precisiones, se entra al estudio de los cargos planteados por el demandante y los coadyuvantes:

5.3. El Examen de los cargos

Primer cargo: El cargo por violación del artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política.

El actor afirma que el Presidente de la República excedió la facultad reglamentaria, porque la norma acusada pretende reglamentar la sentencia C-355 de 2006, mediante la cual la Corte Constitucional declaró condicionalmente exequible el artículo 122 de la Ley 599 de 2000 y despenalizó el aborto en tres casos, a saber: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

El acto acusado, esto es, el Decreto 4444 de 2006 fue expedido en virtud de la facultad prevista en el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, conforme al cual **corresponde al Presidente de la República** como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, **ejercer la potestad reglamentaria**, mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes necesarias **para la cumplida ejecución de las leyes**.

El tenor del artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política es el siguiente:

“ARTICULO 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...)

11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.”

Las facultades reglamentarias establecidas por el artículo 189, numeral 11, de la Carta, tal como lo ha sostenido la Sala, fueron instituidas por el Constituyente como un mecanismo tendiente a garantizar la cumplida ejecución de las leyes, siendo ese el único fin autorizado por ese mandato superior. Así las cosas, al hacer uso de tales potestades, el ejecutivo debe inspirarse en el único propósito de aclarar y hacer más explícita la norma de carácter legal, en orden a facilitar su adecuada interpretación, ejecución y cumplimiento y viabilizar su estricta observancia.

La Sala en sentencia de 2 de septiembre de 2010²⁴, sostuvo lo siguiente:

“Antes de abordar el examen de las cuestiones sustantivas que se plantean en este proceso, es necesario expresar que el Presidente de la República, como primera autoridad administrativa del orden nacional, tiene asignada de manera expresa la facultad de reglamentar las leyes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 189 numeral 11° de la Constitución Política de 1991, en los siguientes términos: ARTICULO 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: 11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. **Las facultades reglamentarias establecidas por el artículo 189 numeral 11 de la Carta, tal como lo ha sostenido la Sala en reiteradas oportunidades, fueron instituidas por el Constituyente como un mecanismo tendiente a garantizar la cumplida ejecución de las leyes, siendo ese el único fin autorizado por ese mandato superior.** Así las cosas, al hacer uso de tales potestades, **el ejecutivo debe inspirarse en el único propósito de aclarar y hacer mucho más explícita la norma de carácter legal**, en orden a facilitar su adecuada interpretación, ejecución y cumplimiento y viabilizar su estricta observancia. En ese contexto, **ha de entenderse que las potestades a que alude el artículo constitucional anteriormente transcrito, no pueden ser ejercidas para ampliar o restringir los alcances de la Ley, apartándose de su sentido original y auténtico. La actividad reglamentaria se encuentra limitada y encausada por la norma legal y por ello debe respetar tanto su texto como su espíritu.** Dicho en otras palabras, so pretexto de aclarar y hacer mucho más explícita una norma de carácter legal, **el Presidente de la República no puede llegar al extremo de recortar o ampliar lo que en ella se dispone, pues ello, además de constituir un ejercicio desbordado e ilegítimo de dicha función, equivale a desconocer el espíritu del legislador y el principio democrático en el cual se inspira el cumplimiento de la función legislativa por parte del Congreso de la República. Es por ello que la norma reglamentaria debe limitarse a**

²⁴ Sentencia de 2 de septiembre de 2010, Expediente: 2007-00265, Actor: Asociación de Empresas Sociales del Estado de Antioquia –AESA, M.P. Dr. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

dar vida práctica a la ley y por ello sólo puede desarrollar aquello que explícita o implícitamente esté comprendido en el texto de aquella, lo que involucra la interdicción de introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de las disposiciones legales, so pena de incurrir en una extralimitación de funciones y en una invasión de las competencias del legislador.” (negrilla fuera de texto)

En ese contexto, ha de entenderse que las potestades a que alude el artículo 189 numeral 11, no pueden ser ejercidas para ampliar o restringir los alcances de la ley, apartándose de su sentido original y auténtico. La actividad reglamentaria se encuentra limitada y encausada por la norma legal y por ello debe respetar tanto su texto como su espíritu. Dicho en otras palabras, so pretexto de aclarar y hacer mucho más explícita una norma de carácter legal, el Presidente de la República no puede llegar al extremo de recortar o ampliar lo que en ella se dispone, pues ello, además de constituir un ejercicio desbordado e ilegítimo de dicha función, equivale a desconocer el espíritu del legislador y el principio democrático en el cual se inspira el cumplimiento de la función legislativa por parte del Congreso de la República.

Por lo anterior, la Sala reitera que la norma reglamentaria debe limitarse a dar vida práctica a la ley y por ello sólo puede desarrollar aquello que explícita o implícitamente esté comprendido en el texto de aquella, lo que involucra la interdicción de introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de las disposiciones legales, so pena de incurrir en una extralimitación de funciones y en una invasión de las competencias del legislador.

Por su parte, la Sección Tercera de esta Corporación²⁵ también ha reiterado que la potestad reglamentaria que atañe al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa está concebida por el ordenamiento constitucional vigente, bajo una concepción eminentemente finalística: “para la cumplida ejecución de las leyes”. Se trata evidentemente de una típica función administrativa que faculta al gobierno para la formulación de los actos indispensables y las medidas necesarias para la efectividad práctica del precepto legal, vale decir, concretar por vía del acto administrativo el enunciado abstracto de la ley en orden a tornarlo efectivo en el terreno práctico, por lo que dichos actos administrativos deben contraerse a asegurar el cumplimiento de la ley y no pueden extenderse a más de su objeto (su cumplida ejecución), y por lo mismo deben respetar la letra y el espíritu de la ley. Sostuvo dicha Sección:

“La potestad reglamentaria aún en el marco de una ley de “principios” como es el estatuto de contratación estatal –so pretexto de aportar los detalles y por menores de la ley- no puede ir más allá de su ámbito estrictamente administrativo para pretender entrar en los predios de acción de la ley. Lo contrario sería tanto como afirmar que el ámbito de la ley y el del reglamento son idénticos. De modo que aunque la jurisprudencia constitucional²⁶, a partir de lo prescrito en el artículo 150 superior *in fine*, sostiene que por medio de reglamento administrativo es posible regular las modalidades de selección, ello no comporta que esté habilitado a invadir el ámbito propio del legislador para desnaturalizar uno de esos mecanismos y extender hipótesis a casos que francamente fueron excluidos por la ley, habida cuenta que: *“la potestad reglamentaria que el Presidente de la república ejercite para la cumplida ejecución y aplicación de la Leu 80 de 1993[y la de las normas que la modifiquen o adicionen], se encuentra específicamente restringida por la Constitución en primer término, por las leyes como normas de jerarquía superior y necesariamente ha de ejercerse tomando en consideración como un todo jurídico la propia ley mencionada, que fija los parámetros dentro de las cuales debe circunscribirse la reglamentación que se dicte por el Ejecutivo, no para sustituir al legislador, ni como legislador paralelo, sin dentro de un ámbito estrictamente administrativo para no exceder las funciones y atribuciones que al Presidente de la República le señala el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política”*²⁷

17.2 Si bien es perfectamente posible el desarrollo de los principios legales mediante normas reglamentarias, ello no significa que por esta vía se terminen adoptando textos normativos abiertos, cargados de un nivel de abstracción y generalidad de tal magnitud, cuyos enunciados terminen convirtiéndose de esta suerte en cláusulas genuinamente principialísticas, cuyo contenido termine a su vez siendo definido por la autoridad administrativa, autora y destinataria primera de este tipo de preceptos. De ahí que el núcleo esencial de un principio, cuando éste ha sido positivizado, debe ser determinado por el legislador y no dejado a su determinación y aplicación sin límite alguno por parte de la administración.

(...)

17.4 No debe perderse de vista que, como ha dicho la Sala²⁸, la potestad reglamentaria que atañe al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa está concebida por el ordenamiento constitucional vigente²⁹ bajo una concepción eminentemente finalística: “para la cumplida ejecución de las leyes” (art. 189.11 CN). Se trata evidentemente de una típica función administrativa que faculta al gobierno para la formulación de los actos indispensables y las medidas necesarias para la efectividad práctica del precepto legal, vale decir, concretar por vía del acto administrativo el enunciado abstracto de la ley en orden a tornarlo efectivo en el terreno práctico, por lo que dichos actos administrativos deben contraerse a asegurar el cumplimiento de la ley y no pueden extenderse a más de su objeto (su cumplida ejecución), y por lo mismo deben respetar la letra y el espíritu de la ley. De lo contrario la atribución reglamentaria se

²⁵ Sentencia de 29 de octubre de 2012, Expediente: 2010-00046 (39.093), M.P. Dr. Danilo Rojas Betancourth.

²⁶ Corte Constitucional, sentencias C949 de 2001 y C 508 de 2002.

²⁷ Corte Constitucional, sentencia C 508 de 2002.

²⁸ Sentencia de 27 de marzo de 2008, rad. 11001-03-26-000-2005-00003-00 (29393), M.P: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁹ Dicho criterio era también el que abordó la Constitución de 1886 en su artículo 120.3.

extralimitaría, pues pasaría de ser desarrollo de la decisión legislativa conducente a su debida ejecución, a pretender modificar la disposición del legislador que se reglamenta y de esta suerte se invadirían los predios exclusivos del representante popular, al decretar normas que únicamente a este último competen³⁰.”

Asimismo, la Corte Constitucional mediante sentencia C-512 de 1997 precisó que la facultad reglamentaria del Presidente de la República no es absoluta, toda vez que **ella se ejerce en la medida que exista ley**, la cual se convierte en el límite de la potestad reglamentaria. Dijo la Corte en dicha sentencia:

*“Esta competencia la ejerce el Presidente de la República por derecho propio y con carácter permanente. Es decir, no requiere, para su ejercicio, autorización de ninguna clase por parte del legislador. No obstante, si el legislador hace referencia a esta facultad, tal mención no hace inconstitucional la norma, pues se debe entender sólo como el reconocimiento de la competencia constitucional del Ejecutivo. Sin embargo, dicha facultad reglamentaria no es absoluta **pues ella se ejerce en la medida en que exista la ley. Ley que se convierte en su límite.** Es por ello que cuando el Ejecutivo reglamenta la ley no puede ir más allá de lo que ella prevé, ni de las pautas generales que señala. Es bajo este entendimiento, que la facultad reglamentaria del Ejecutivo puede ser en algunos casos constitucional o inconstitucional. Pues si el legislador, al expedir la ley, se limita a enunciar el asunto a tratar, pero delega en el Presidente todos los temas inherentes a la propia labor legislativa, resulta innegable que estaría trasladando el legislativo su propia facultad constitucional. Al contrario, si la ley establece los parámetros generales, la reglamentación que el Ejecutivo expida es simplemente el resultado de las atribuciones constitucionales propias para desarrollarla.”* (negrilla fuera de texto)

La Corte Constitucional en la sentencia C-512 de 1997 señaló que *“la potestad reglamentaria se caracteriza por ser una atribución constitucional inalienable, intransferible, inagotable, pues no tiene plazo y puede ejercerse en cualquier tiempo y, es irrenunciable, por cuanto es un atributo indispensable para que la Administración cumpla con su función de ejecución de la ley. Sin embargo, esta facultad no es absoluta pues encuentra su límite y radio de acción en la Constitución y en la Ley, es por ello que no puede alterar o modificar el contenido y el espíritu de la ley, ni puede dirigirse a reglamentar leyes que no ejecuta la Administración, así como tampoco puede reglamentar materias cuyo contenido está reservado al legislador. Por lo tanto, si un Reglamento rebasa su campo de aplicación y desconoce sus presupuestos de existencia, deberá ser declarado nulo por inconstitucional por la autoridad judicial competente”*.

³⁰ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, 26 de junio de 1940, XLIX, 466.

De tal manera que es presupuesto *sine qua non* para que se pueda hacer uso de tal facultad, la existencia de una **ley o decreto ley** que requiera ser desarrollada en virtud del reglamento.

Cuando el Gobierno Nacional invoca las competencias que le otorga el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, necesariamente tiene que haber previamente una ley o un decreto ley que reglamentar, a fin de cumplir con el mandato constitucional de ayudar a la "*cumplida ejecución de las leyes*". La facultad reglamentaria que dispone esta norma constitucional no puede ejercerse en abstracto, ni frente a actos jurídicos distintos de las leyes o decretos leyes.

De lo expuesto se concluye que, como no había ley para reglamentar, o por lo menos no se indicó, llegándose al punto de estar reglamentando una sentencia judicial, se configuró una indebida ingerencia en la autonomía de la rama judicial.

Por lo demás, la Sala advierte que la decisión adoptada en este fallo en modo alguno comprende pronunciamiento sobre la legalidad del contenido normativo del acto acusado, puesto que la razón que acarrea su nulidad es, según quedó expuesto, la vulneración del artículo 189, numeral 11 de la C.P. Tampoco significa que el Gobierno Nacional o el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud o quien haga sus veces, según sus competencias, no puedan definir las políticas públicas en materia de salud y seguridad social en especial en cuanto al POS, en relación con los aspectos que fueron objeto de la decisión de despenalización del aborto.

Aspectos tales como el relacionado con la objeción de conciencia o la inclusión de servicios en el POS, no serán analizados al haberse configurado la vulneración del artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política.

Fuerza es, entonces, declarar la nulidad del Decreto 4444 de 2006 por las razones expuestas en esta providencia, que se contraen a la violación directa del artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política, acusación que al prosperar hace inane el examen de los demás cargos.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Primera, Sala Contencioso Administrativa, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

DECLÁRASE nulo el Decreto 4444 de 13 de diciembre de 2006, “*por el cual se reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva*”, por las razones consignadas en la parte considerativa de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
GONZÁLEZ
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

GUILLERMO VARGAS AYALA
Salvamento de voto

SALVAMENTO DE VOTO

FACULTADES REGLAMENTARIAS. Observancia de los Principios constitucionales. Vicios formales no acarrean nulidad del acto. Irregularidad no sustancial. Cambio jurisprudencial tácito.

Del encabezado del acto se desprende que el Presidente profirió el acto en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales invocadas de forma genérica y específica de manera que mediante este se reglamentan no sólo las leyes enunciadas concretamente sino también aquellas que encuentran en directa relación con el contenido material del acto. En tal razón se reglamenta la prestación del servicio de salud sexual y reproductiva con el fin de crear las condiciones necesarias para aplicar la Ley 51 de 1981. De esta manera se demuestra fehacientemente que el acto constituye la manifestación clara de la potestad Reglamentaria que por mandato constitucional tiene el Presidente de la República creando a través de su expedición las condiciones necesarias para la efectiva aplicación de la Ley 51 de 1981. Se destaca que el literal a) del artículo 154 de la Ley 100 de 1993 señala que la intervención en la prestación del servicio de salud tiene como fin “*garantizar la observancia de los principios consagrados en la Constitución y en los artículos 2 y 152 de esta Ley*”, de manera que el decreto reglamentario se erige como una herramienta jurídica aceptada para dar alcance a esos principios. En ese sentido la Sección Tercera de esta Corporación ha señalado: En ese contexto el supuesto yerro en que incurrió la administración se aprecia como un error no sustancial dado que, según se ha visto, en nada afecta la validez del acto. Así las cosas la decisión adoptada por la Sala

desconoce el precedente que en tratándose de vicios o irregularidades formales ha sentado la jurisprudencia de la Corporación ya que reconoce que el acto se dictó conforme las competencias del Gobierno Nacional para intervenir y regular asuntos propios de la prestación del servicio de salud y aun así decidió decretar la nulidad fundada en una irregularidad no sustancial.

FUENTE FORMAL: LEY 51 DE 1981

NOTA DE RELATORIA: Observancia de los Principios constitucionales, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de diciembre de 2007, Exp. 24715, MP. Ruth Stella Correa P. Irregularidades accidentales, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 25 de mayo de 1968, MP. Alfonso Meluk. Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 15 de marzo de 1996, Exp. 190, MP. Libardo Rodríguez Rodríguez. Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 1 de noviembre de 2012, Exp. 2001-90942, MP. Guillermo Vargas Ayala. Carencia de la citación de la norma que facultaba a la administración para expedir el acto, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 9 de septiembre de 1975, Exp. 2272, MP. Humberto Mora Osejo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

SALVAMENTO DE VOTO

Consejero de estado: GUILLERMO VARGAS AYALA

Bogotá, D.C., ocho (08) de abril de dos mil trece (2013)

Radicación número 11001-03-24-000-2008-00256-00

Actor: LUIS RUEDA GOMEZ

Demandado: MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL

Referencia: ACCION DE NULIDAD

De manera respetuosa me aparto de la decisión adoptada por la mayoría de la Sala por las siguientes razones:

1.- El fundamento de la decisión de la Sala

El acto administrativo fue declarado nulo en razón a que el Gobierno Nacional se equivocó al citar el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política como fundamento para expedir el Decreto 4444 de 2006.

En ese sentido la sentencia señala:

“De lo expuesto se concluye que si bien al Gobierno le corresponde formular las políticas públicas, no debió invocar el artículo 189, numeral 11, para fundamentar su competencia, puesto que como es precisado, esta disposición se refiere a la facultad reglamentaria de las leyes, para la cumplida ejecución de las mismas y, en el caso sub examine, no había ley para reglamentar, llegándose al punto de estar reglamentando una sentencia judicial.”

2.- El Decreto 4444 de 2006 constituye el ejercicio de la facultad reglamentaria contenida en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política.

2.1.- La decisión de la que me aparto sostiene erróneamente que el acto administrativo acusado fue expedido con el fin de reglamentar la sentencia de constitucionalidad C-355 de 2006.

2.2.- La facultad reglamentaria entendida como aquella que busca garantizar la cumplida ejecución de la Ley se refleja en la expedición de un acto de contenido general contentivo de la aclaración, complementación y desarrollo de esta.

2.3.- El Decreto 4444 de 2006 señala en su encabezado:

“EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial de las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y los artículos 1° de la Ley 10 de 1990, 154 y 227 de la Ley 100 de 1993, y 42 de la Ley 715 de 2001,” (Negrillas y resaltado fuera del texto original.)

Del encabezado del acto se desprende que el Presidente profirió el acto en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales invocadas de forma genérica y específica de manera que mediante este se reglamentan no sólo las leyes enunciadas concretamente sino también aquellas que encuentran en directa relación con el contenido material del acto.

2.4.- En tal razón se reglamenta la prestación del servicio de salud sexual y reproductiva con el fin de crear las condiciones necesarias para aplicar la Ley 51 de 1981 *“Por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y firmada en Copenhague el 17 de julio de 1980”,* específicamente el artículo 12 numeral segundo de la misma que a la letra expresa:

“Artículo 12

(...)

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, **los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo**, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.” (Negrillas y resaltado fuera del texto original)

2.5.- El análisis del contenido normativo del Decreto 4444 de 2006 arroja como resultado que en él se reglamentan aspectos referidos a la disponibilidad del servicio de salud para la interrupción voluntaria del embarazo (artículo 2), las normas técnicas que deben seguirse en la prestación integral de las gestantes (artículo 3) y la asunción de costos derivados de la prestación del servicio y su forma de pago (artículo 4) entre otros, todos ellos dirigidos a garantizar de manera efectiva la ejecución del mandato legal contenido en el precitado numeral 2 del artículo 12 de la Ley 51 de 1981, específicamente en lo relacionado con la prestación de servicios de salud apropiados en cuanto el embarazo se refiere.

2.6.- De esta manera se demuestra fehacientemente que el acto constituye la manifestación clara de la potestad Reglamentaria que por mandato constitucional tiene el Presidente de la República creando a través de su expedición las condiciones necesarias para la efectiva aplicación de la Ley 51 de 1981.

2.7.- También se observa que en el decreto se invocan expresamente los artículos 1 de la Ley 10 de 1990 y 154 y 227 de la Ley 100 de 1993, disposiciones que regulan la intervención del Estado en la prestación del servicio de salud de manera general siendo perfectamente factible, a la luz de la potestad reglamentaria, que dichas normas sean desarrolladas a través de decretos como el estudiado ya que sólo mediante la expedición de este se asegura la efectiva ejecución de las mismas.

2.8.- Se destaca que el literal a) del artículo 154 de la Ley 100 de 1993 señala que la intervención en la prestación del servicio de salud tiene como fin “*garantizar la observancia de los principios consagrados en la Constitución y en los artículos 2 y 152 de esta Ley*”, de manera que el decreto reglamentario se erige como una herramienta jurídica aceptada para dar alcance a esos principios. En ese sentido la Sección Tercera de esta Corporación ha señalado:

*“Así las cosas, en nuestro orden, la potestad reglamentaria es la facultad constitucional que se atribuye de manera permanente al Gobierno Nacional para expedir un conjunto de disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto para la debida ejecución de la ley, **a través de las cuales desarrolla las reglas y principios en ella fijados** y la completa en aquellos detalles y pormenores necesarios que permiten su aplicación, pero que en ningún caso puede modificar, ampliar o restringir en cuanto a su contenido o alcance.”* (Exp. 24715 diciembre 3 de 2007. C. P. Ruth Stella Correa P.)

2.9.- Todo lo visto permite asegurar sin ambages que el acto acusado encarna la facultad reglamentaria del Presidente de la República al amparo del artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política.

3.- Los vicios formales o accidentales no acarrear nulidad del acto administrativo.

En gracia de discusión, de aceptarse que el decreto demandado no refleja la facultad reglamentaria del Presidente de la República, tampoco habría lugar a declarar la nulidad del acto porque el Gobierno Nacional haya incurrido en el supuesto equívoco de invocar el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política.

3.1.- Esta Corporación viene sosteniendo pacíficamente que los vicios formales que padezcan las manifestaciones unilaterales de las autoridades administrativas no afectan su validez. Se considera que un vicio es formal y no sustancial cuando no tiene la entidad de afectar los derechos de sus destinatarios ni el sentido de la decisión final.

3.2.- Precisamente la Sección Primera del Consejo de Estado ha acogido de tiempo atrás el argumento según el cual las irregularidades accidentales o formales no conducen a la declaratoria de nulidad del acto bajo el entendido de que debe darse preeminencia al derecho sustancial evitando los excesos rituales, en ese sentido se ha dicho:

“Para efectos del caso materia de este proceso es necesario establecer las orientaciones atinentes a la que, dentro de la infracción legal genérica, se denomina específicamente “violación de ley”, o sea la transgresión de normas superiores que el autor del acto debía acatar y a la “nulidad por vicios de forma”, pues las demás causales de anulación no han sido aducidas. La primera de ellas se presenta cuando el acto acusado es contrario a disposiciones jerárquicamente superiores, creadores de

situaciones jurídicas generales, por separarse del texto o del espíritu o por error respecto de los hechos sobre los cuales actúa. La segunda se desprende de que los actos administrativos deben formarse mediante procedimientos previstos en la ley y de que la observancia de la forma es la regla general, no sólo como garantía para evitar la arbitrariedad, sino porque la actividad de la administración es instrumental para asegurar la certeza documental, y para constituir pruebas de los actos respectivos, que permitan examinarlos respecto a su validez, al revés de lo que sucede en la actividad privada, que muchas veces se ejerce mediante negocios jurídicos que se perfeccionan con el simple intercambio del consentimiento de las personas que en ellos intervienen. La doctrina divide las formas en tres categorías a saber: Las previas o requisitos que es menester llenar antes de dictar el acto administrativo correspondiente; las concomitantes que deben adoptarse al tiempo de la expedición del acto, y las posteriores cuando la ley las establece para ser cumplidas después de la emisión del acto. Aunque generalmente las formalidades hacen parte integrante de la manera de manifestarse la voluntad de la administración, no toda omisión de ellas acarrea la nulidad del acto, pues como dice Albert, en su obra "Controle Jurisdiccional de L'administration", "Débese precaver de las matemáticas jurídicas, ya que proclamando que la nulidad se presume, no habría administración posible si el Consejo de Estado anulase los actos administrativos por omisión de formalidades insignificantes o de formalidades cuyo cumplimiento no habría, en la realidad de los hechos, podido procurar ninguna garantía suplementaria a los administrados". A su turno Walline opina: "Si el Consejo de Estado anulase despiadadamente por vicios de forma, los actos en cuyo cumplimiento se hubiese deslizado la menor incorrección de forma, la administración sería incitada para evitar la anulación de sus actos a exagerar la minuciosidad del formalismo y se vendría con ello a dilatar aún más los procedimientos burocráticos que ya de por sí pecan de complicados, ocasionando frecuentemente a los administrados una incomodidad excesiva". Para distinguir entre las formas sustanciales y las accidentales, los Tribunales deben examinar cada caso, con base en que sólo las que constituyan una verdadera garantía y, por ende, un derecho para los asociados, su incumplimiento induce a nulidad. A este propósito el mismo Walline dice: "En cuanto a la determinación de cuando la formalidad tiene carácter sustancial y cuando no lo es, por lo general es una cuestión de hecho. La directiva jurisprudencial a este

respecto es la siguiente: ¿Cuál habría sido la decisión final si se hubieran seguido las formas legales dejadas de lado? ¿Habría sido la misma que la establecida en el acto? ¿Habría sido otra? La jurisprudencia no exige el cumplimiento regular de todas las formalidades prescritas a los administradores, sino solamente aquellas cuya observancia ha podido tener alguna influencia sobre las decisiones respectivas” (Cita de Alberto Preciado, Conferencia de Derecho Administrativo Especial, Universidad Javeriana, 1966).³¹

3.3.- Este criterio jurisprudencial encuentra hoy un claro raigambre constitucional en el artículo 228 de la Carta Política³² y por ello ha sido reiterado en las decisiones de la Sección en las cuales se ha denotado con meridiana claridad que si el vicio no tiene el carácter de afectar el contenido del acto este no puede ser anulado. En reciente decisión la Sala estimó:

“Pues bien, a folios 27 a 32 del cuaderno de antecedentes administrativos, se encuentra la evaluación de condiciones para la acreditación previa realizada por la señora Omayra Parra de Marroquín, quien de manera equivocada, al estudiar el requisito veinte anteriormente anotado, evalúa si la Universidad usa otros medios complementarios diseñados para las áreas de conocimiento, requisito que no podía ser exigido en la medida que no hacía parte de los criterios y procedimientos previos para la acreditación previa de los programas de pregrado y especialización en educación, a los cuales debía ceñirse la evaluadora.

En otras palabras, la evaluadora agregó un ítem a la evaluación de los requisitos cuando ello no era de su resorte, cambiando las reglas previamente establecidas para la acreditación que pretendía la institución universitaria. No obstante, en la misma evaluación se anota que la demandante no cumplió con el requisito seis de los anotados criterios, en vista de ello, al retirarse la evaluación respecto del criterio o requisito que introdujo la evaluadora, la decisión administrativa estaba llamada a ser la misma, esto es, con o sin la equivocada evaluación del requisito veinte, el Consejo Nacional de Acreditación habría conceptuado desfavorablemente y

³¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera. Sentencia de 25 de mayo de 1968. C. P. Alfonso Meluk.

³² Constitución Política. Artículo 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

los actos demandados tendrían el mismo sentido.

Esta situación lleva a la Sala a concluir que si la irregularidad en el proceso de formación del acto administrativo no es de tal entidad que afecte la determinación final de la Administración, la nulidad no está llamada a prosperar, posición que ha sido constante en las decisiones de la Sala al establecer:

“En relación con los procedimientos administrativos necesarios para la expedición de los actos, la doctrina y la jurisprudencia han hecho notar que si bien constituye causal de nulidad (no del procedimiento sino de los actos definitivos) el haber sido expedido de forma irregular, no toda omisión de formalidades y trámites da lugar necesariamente a la ilegalidad del acto. Al efecto se ha elaborado la teoría de las formalidades y procedimientos substanciales u no substanciales o accidentales en el sentido de que sólo en los casos en que las formalidades y procedimientos puedan calificarse de substanciales, su omisión dará lugar a la ilegalidad del acto”³³

Conforme lo anterior, la Sección estima que la irregularidad anotada no reviste de la entidad necesaria para decretar nulos los actos acusados, precisamente porque los mismos no variarían debido a la irrelevante influencia que ésta imprime en la decisión administrativa, en estos eventos, se denomina a la irregularidad como no sustancial, para significar que su acaecimiento no conlleva a la declaratoria de nulidad, razón por la cual no puede accederse a la solicitud de la parte recurrente.”³⁴ (Subrayado fuera del texto original)

3.4.- En ese contexto el supuesto yerro en que incurrió la administración se aprecia como un error no sustancial dado que, según se ha visto, en nada afecta la validez del acto. Así las cosas la decisión adoptada por la Sala desconoce el precedente que en tratándose de vicios o irregularidades formales ha sentado la jurisprudencia de la Corporación ya que reconoce que el acto se dictó conforme

³³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Radicado 190. Fallo de 15 de marzo de 1996. C. P. Libardo Rodríguez Rodríguez.

³⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Radicado 2001-090942. Fallo de 1 de noviembre de 2012. C.P. Guillermo Vargas Ayala.

las competencias del Gobierno Nacional para intervenir y regular asuntos propios de la prestación del servicio de salud y aun así decidió decretar la nulidad fundada en una irregularidad no sustancial.

3.5.- A lo anterior debe añadirse que la Sección también se había pronunciado al estudiar la solicitud de nulidad de un acto que carecía de la citación de la norma que facultaba a la administración para expedirlo. En aquella ocasión se estimó que la omisión de la administración era de carácter eminentemente formal y no incidía en la decisión, de manera que con apoyo en ella era insostenible decretar la nulidad del acto.

“Pero, como afirma la sentencia y observa el señor Fiscal 1º, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por sentencia del 11 de junio de 1974, de la cual fue ponente el doctor Jorge Dávila Hernández, rectificó la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de considerar que, la omisión del requisito prescrito por el artículo 11 del Decreto N° 49 de 1932, no vicia de nulidad el acuerdo correspondiente y que, por lo mismo, no es un motivo suficiente para pronunciar su nulidad. La Sala hizo las siguientes consideraciones:

“Del cuidadoso análisis de los actos acusados hecho por el Tribunal a quo se viene en conclusión que la única tacha de las formuladas por el actor que queda en pie, en cuanto al quebranto de lo previsto en los artículos 9º a 11 del Decreto reglamentario número 49 de 1932, es la relativa a no haber citado el Concejo de Pereira en el texto de los acuerdos y en forma “precisa”, la disposición legal que le confiere la facultad de dictarlos.

“Esta Sala considera, en acuerdo con el señor Agente del Ministerio Público, que una omisión de carácter eminentemente formal, como la apuntada, que no incide en la decisión material ni altera la expresión de la voluntad misma del Concejo, configura, todo lo más, una irregularidad en la expedición del acto que por sí sola no lo hace nulo. Distinta sería la situación si la irregularidad pierde su carácter formal y circunstancial y se proyecta en el ámbito mismo de la competencia del órgano que expide el acto o bien, cuando signifique la omisión de un requisito sustancial para proferirlo, condiciones estas últimas que no ostenta la informalidad que se comenta y que, ellas sí, harían anulable el acto por su propio contenido material.

"De otra parte, se torna aún más intrascendente la omisión que se analiza, si se toma en consideración el principio de que la ley se presume conocida por los gobernados (artículo 56 del C. de R. P. y M., y artículo 9º del C. C), presunción que abarca el conocimiento de las normas que establecen las materias sobre las cuales tienen competencia los concejos municipales para la administración de los asuntos locales y cuya transgresión implica la nulidad de los actos que expidan.

"Cabe anotar que la Constitución no existe respecto de las leyes que expide el Congreso el cumplimiento de formalidades como la contenida en el artículo 11 del Decreto 49 de 1932, para los acuerdos, sin que en ello se haya visto obstáculo o impedimento alguno para el cumplido ejercicio de la acción de inexecuibilidad en orden a salvaguardar la integridad de la Carta. A similar conclusión se llega en el ámbito de las normas de carácter municipal, frente a las cuales puede ejercerse la acción de nulidad, sin que la guarda de la legalidad sufra menoscabo alguno por haber incurrido un concejo municipal en la omisión de que se trata.

"Las anteriores consideraciones, unidas a las expresadas por el señor Fiscal Primero de la corporación, llevan a la Sala a concluir que si bien lo previsto en el artículo 11 del Decreto 49 de 1932 tiene como finalidad procurar que los concejos municipales procedan ordenadamente en el ejercicio de sus atribuciones, su omisión, por sí sola, no vicia de nulidad un acuerdo.

"En los anteriores términos la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, modifica la jurisprudencia existente en cuanto al alcance del artículo 11 del Decreto 49 de 1932".

De manera que, según la transcrita motivación, no es fundado el cargo de la demanda y, por lo mismo, es preciso confirmar, a este respecto, la sentencia del Tribunal."³⁵

3.6.- La decisión de Sala comporta un cambio jurisprudencial tácito ya que en ella no se reconoce la existencia del precedente que la Corporación ha

³⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Radicado 2272. Fallo de 9 de septiembre de 1975. C. P. Humberto Mora Osejo.

desarrollado a propósito de los vicios no sustanciales y tampoco cumple con la carga argumentativa que se exige para que el juez pueda apartarse del mismo. En esos términos me permito con todo respeto dejar sentado mi salvamento de voto,

GUILLERMO VARGAS AYALA

Fecha *ut supra*.