

FUNCIONES SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – Marco normativo / SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – Funciones de inspección, vigilancia y control en relación con la prestación de los servicios de salud / ABORTO – Eventos en los que no constituye delito / SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – Órdenes e instrucciones impuestas por la Corte Constitucional

RESERVA DE LEY – Concepto / RESERVA DE LEY – Sentido como institución jurídico constitucional / RESERVA DE LEY – Opera sobre derechos fundamentales a la vida, a la interrupción voluntaria del embarazo y a la objeción de conciencia

[E]s indudable que las posiciones jurídicas sobre las que recae el presente debate (a saber: el derecho fundamental a la vida, a la IVE y a la objeción de conciencia) constituyen derechos fundamentales amparados por la Constitución y por el ordenamiento jurídico internacional con reservas de ley, que además de un reparto competencial específico, promueven objetivos sustantivos relevantes para el funcionamiento y la materialización del Estado social y democrático de derecho, como la salvaguarda de los ámbitos de libertad protegidos mediante su defensa frente a injerencias de las autoridades no autorizadas por la ley, así como la optimización del principio democrático. Por ende, el respeto a las reservas constituye un aspecto esencial del acatamiento y la actuación de las disposiciones constitucionales, en especial si se tiene en cuenta que en su virtud: (i) la Constitución ha querido proteger determinados ámbitos de libertad de las personas, confiando las bases de su regulación exclusivamente al legislador; y que de ellas (ii) se deriva tanto un mandato para la ley, como (iii) una restricción a la potestad normativa de la Administración, que debe operar siempre en estos eventos con una cobertura legal adecuada.

RESERVA DE LEY – Tipos / RESERVA DE LEY ESPECIAL – Alcance / RESERVA DE LEY ESTATUTARIA – Delimitación / RESERVA DE LEY ESTATUTARIA - Criterios de identificación desarrollados en la jurisprudencia constitucional / RESERVA DE LEY ESTATUTARIA EN MATERIA DE REGULACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES – Se predica sólo de los elementos estructurales esenciales

[Q]ue un determinado asunto trate o se relacione con un derecho fundamental no supone automáticamente ni per se que toda su regulación deba estar contenida o dimanar de una ley estatutaria. Tal exigencia resultaría irrazonable y antidemocrática. Por lo tanto, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, dicho requerimiento solo surge allí donde se emprenda una regulación integral, estructural y completa de un derecho fundamental, que desarrolle sus aspectos nucleares. En estas condiciones, que eventualmente se definan algunos aspectos del régimen jurídico de un derecho fundamental sin tales características (esto es, de una manera no integral, estructural ni completa) supone que dicha reglamentación no debe sujetarse a la reserva legal especial prevista por el artículo 152 Superior, sin que ello implique que se diluya la reserva legal. En todo caso la materia seguirá estando sometida a reserva de ley ordinaria, por lo que no podrá haber reglamentos que se ocupen de puntualizar o desarrollar aspectos de dicho régimen sin contar con una cobertura legal adecuada. De este modo se asegura que el mecanismo de protección instituido por la Constitución frente a intervenciones administrativas en ámbitos protegidos (i. e. la reserva) se preserve, pero se armoniza dicha tutela con las exigencias de funcionamiento de una democracia dinámica y plural. En últimas, como ha explicado la jurisprudencia constitucional, “la competencia legislativa ordinaria está directamente habilitada

por la Carta para regular derechos fundamentales y si no se presentara tal evento, la mencionada competencia ordinaria se transformaría en exceptiva, ya que directa o indirectamente gran parte de las leyes tocan algún o algunos derechos fundamentales”

FUNCIÓN DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL – Concepto / SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – Sentido y alcance de la función de instrucción / SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD - Potestad reglamentaria a nivel de subordinación jerárquica y normativa / CIRCULAR INSTRUCTIVA – Valor normativo

[N]o cabe duda que en aras de cumplir con su papel de órgano de vigilancia, LA SUPERINTENDENCIA cuenta con la facultad de impartir instrucciones a los sujetos vigilados, como una forma anticipativa (ex ante o no reactiva) esencial para asegurar el cumplimiento de sus objetivos. [...]. En este orden, de cara a ofrecer mejores condiciones para el cumplimiento de la normas constitucionales y legales que reglamentan el Sistema General de Seguridad Social en Salud (en adelante SGSSS), el numeral 4° del artículo 6 del Decreto 2462 de 2013, norma que modificó la estructura de LA SUPERINTENDENCIA, le reconoció expresamente la facultad de “[e]mitir instrucciones a los sujetos vigilados sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones normativas que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación”. [...] desde una óptica material es visible que tales orientaciones o preceptos, al precisar detalles sobre la forma como se debe cumplir de manera general la normatividad aplicable y estar revestidos de la coercibilidad que le imprime la amenaza de sanción de su incumplimiento, poseen un claro tinte normativo. Por lo tanto, no hay duda que aunque el enunciado del artículo 130.7 de la ley 1438 de 2011 separe la normativa del SGSSS de las circulares de instrucción, en un sentido material forman parte de ese bloque normativo, y son expresión del poder normador que la Constitución ha otorgado a la Administración en aras de facilitar y promover el cumplimiento de sus responsabilidades (artículos 122 y 123). [...] circulares como la sub examine son una modalidad de reglamento. En su valor normativo, derivado del carácter general y abstracto de las reglas que impone, radica la principal diferencia entre las circulares instructivas, como la que se analiza, y las denominadas circulares de información, por medio de las cuales se transmite un determinado mensaje con un propósito puramente informativo, sin que esté de por medio coacción alguna ni se imponga un contenido normativo específico a sus destinatarios. [...] En consecuencia, si bien es cierto que resulta legítimo que LA SUPERINTENDENCIA, al impartir instrucciones de manera general y abstracta sobre la forma como se debe acatar la normatividad que rige el sector, en ejercicio de su facultad de instrucción tome parte dentro del proceso de construcción escalonada del sistema normativo cuya vigilancia y control está a su cargo, no lo es menos que habida consideración de sus restricciones competenciales no puede usurpar competencias de otros órganos (como el Presidente, el Gobierno o el Parlamento), obrar por fuera de sus facultades, ni desconocer la estructura jerárquica sobre la que reposa la construcción del sistema normativo concebido por la Constitución. Lo anterior, lógicamente, sin perjuicio del carácter jurídico vinculante de las disposiciones constitucionales (en especial las de derechos fundamentales), conforme a lo previsto por el artículo 4° de la Carta; y sin perder de vista tampoco que la estructura de las normas constitucionales (reglas o principios) no es un dato accesorio al momento de su aplicación, que la Constitución debe ser interpretada como un todo (sin fraccionar ni escindir su parte dogmática de su parte orgánica, pues se encuentran en permanente interrelación y conforman una unidad) y que aun cuando es indiscutible a día de

hoy el carácter de fuente de la jurisprudencia constitucional, también lo es que la vinculatoriedad de las reglas que ella sienta (rectius precedentes) poseen una fuerza vinculante peculiar y relativa.

COMPETENCIA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – Para emitir instrucciones en relación con el acatamiento del régimen jurídico de la interrupción voluntaria del embarazo

[D]esde la óptica de la competencia del ente, no hay duda que LA SUPERINTENDENCIA está facultada para emitir instrucciones específicas destinadas a los prestadores de servicios de salud y a todos aquellos entes que estén bajo su inspección, vigilancia y control en relación con el acatamiento del régimen jurídico de la IVE.

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL - Fuerza normativa / TEORÍA DE LOS PRECEDENTES - Consolidación en la jurisprudencia constitucional / PRECEDENTE JUDICIAL – Fuerza vinculante / FUERZA VINCULANTE DEL PRECEDENTE JUDICIAL-Límites / AUTONOMÍA JUDICIAL – Alcance / APARTAMIENTO JUDICIAL - Condiciones

[E]s claro que una de las características fundamentales de los precedentes en tanto que reglas de derecho, además de tener origen judicial, ser un subproducto de un método de decisión casuístico y de carecer formalmente de una estructura canónica (lo que las priva ab initio de un supuesto de hecho predeterminado que haga posible su generalización o extensión a nuevos supuestos), es la posibilidad de ser objeto de apartamiento o de modificación por su destinatario (esto último, en caso de tratarse del propio juez que lo dictó). Lo anterior, sin contar con las múltiples operaciones o técnicas de que son susceptibles los precedentes para eliminar (p. ej. la consideración de dictum de lo que se tenía por ratio -dictumizing-), debilitar (p. ej. la minimización de la ratio -undermining-, la difamación de la ratio o su calificación como un error -perincuriaming-, la anacronización de la ratio o su descalificación por supuesta obsolescencia -quondaming-) o fortalecer (p. ej. su adorno para que se vea mejor de lo que en realidad es -garnishing-, o su entrelazamiento para que parezca ligada a un conjunto de precedentes que conforman una sólida línea jurisprudencial -napping-) la autoridad de una regla jurisprudencial, y que resultan legítimas en virtud de su especial maleabilidad al momento de su aplicación.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – Circular instructiva en relación con el acatamiento del régimen jurídico de la interrupción voluntaria del embarazo / CIRCULAR 003 DE 2013 – Establece reglas básicas para asegurar la mínima efectividad del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo / LEY ESTATUTARIA – Su inexistencia no invalida instrucciones impartidas por la Superintendencia de Salud sobre la interrupción voluntaria del embarazo

[P]ese a normar diferentes asuntos relacionados con la IVE, la Circular No. 003 de 2013 no puede ser calificada como una regulación integral ni completa de este derecho fundamental, pues es claro que se trata apenas de reglas básicas, que antes que agotar la materia y definir su régimen de manera exhaustiva, buscan asegurar de forma mínima su efectividad. Esta sola circunstancia excluye la exigencia de que la cobertura legal requerida sea especial (rectius ley estatutaria) y valida su expedición con base en disposiciones legales ordinarias, sea que éstas hayan sido adoptadas por el procedimiento ordinario, sea que formen parte del bloque de constitucionalidad y hayan resultado de la aplicación del procedimiento

especial de adopción de tratados internacionales. En este orden, por ser una regulación que no define de manera integral y completa el régimen de la IVE, lo referente al criterio de la estructuralidad de los contenidos normativos impuestos, también empleado por la jurisprudencia constitucional a efectos de determinar la extensión de la reserva de ley estatutaria, no será tenido en cuenta. Esto, debido a que entraña una valoración material del contenido dispositivo impuesto que está supeditada a que los preceptos examinados formen parte de una regulación formalmente susceptible de ser catalogada de integral y completa, no siendo procedente su evaluación allí donde no se supere ese primer nivel de escrutinio. Por lo anterior, la ausencia de una ley estatutaria que enmarque las decisiones de la Circular No. 003 de 2013 de LA SUPERINTENDENCIA no puede ser considerado como un argumento invalidante de sus instrucciones.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – Validez de las instrucciones impartidas en relación con el acatamiento del régimen jurídico de la interrupción voluntaria del embarazo que tienen sustento constitucional y legal / CIRCULAR 003 DE 2013 – Legalidad de las instrucciones primera, tercera (parcial), quinta, sexta, séptima, octava, novena, décima, décima tercera, décima cuarta y décimo quinta

[L]as instrucciones primera, tercera, quinta, sexta, séptima, octava, novena, décima, décima tercera, décima cuarta y décimo quinta gozan de un amparo normativo prima facie adecuado, en tanto que las disposiciones atrás mencionadas de la Constitución y de las leyes 51 de 1981, 23 de 1981, 100 de 1993, 248 de 1995, 1122 de 2007, 1438 de 2011 y 1571 de 2015 ofrecen una base normativa en principio clara a lo dispuesto por la circular atacada.

ABORTO - Procedencia cuando embarazo es resultado de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas / ABORTO - Exigencia de denuncia cuando embarazo es resultado de incesto, acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas / ABORTO - Procedencia cuando esté en riesgo la salud física o mental de la madre / ABORTO - Procedencia cuando existe grave malformación del feto que haga inviable su vida / SOLICITUD DE INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO EN CASOS DE MUJERES EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD – Requisitos / SOLICITUD DE INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO EN CASOS DE MUJERES EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD – Procede sin requisitos formales adicionales a la denuncia por acceso o acto carnal violento o abusivo según Circular 003 de 2013 / VÁLIDEZ CONDICIONADA – Del inciso 2 de la instrucción 3 de la Circular 003 de 2013 / SOLICITUD DE INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO EN CASOS DE MUJERES EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD – Exigencia de certificación médica cuando embarazo constituye peligro para la vida o la salud de la mujer o exista grave malformación del feto que haga inviable su vida / DERECHO AL DIAGNÓSTICO – Aplicación / VÁLIDEZ CONDICIONADA – Aplicación

[E]s claro que la regulación subsiguiente, contenida en la parte final de su inciso 2.º, en virtud de la cual tal solicitud procede “sin requisitos formales adicionales al denuncia penal por acceso o acto carnal violento o abusivo”, si bien no resulta contrario a la Constitución ni a la ley, pues, por el contrario, las desarrolla, lo hace apenas de manera parcial. Esto, dado que según lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006, la IVE procede cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin

consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto; lo mismo que cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico, o cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, igualmente dictaminado por un profesional de la medicina. En este orden, lo previsto en la parte final del inciso 2.º de la instrucción tercera no contempla previsión alguna frente a los dos supuestos finales. Por ende, genera un déficit de protección de la vida del nasciturus, pues excluye sin justificación alguna la exigencia, señalada por la Corte, de contar con la certificación de un profesional que acredite tales circunstancias especiales. [...] El que en esta regla se trate el caso de mujeres en condición de discapacidad en absoluto puede constituir un motivo para exceptuar dicha exigencia, pues la protección de la vida en formación que se aloja en el vientre materno merece en todos los casos el mismo grado de protección. En consecuencia, frente al inciso 1.º de la instrucción tercera, se denegará la pretensión anulatoria; mientras que respecto de su inciso 2.º la Sala declarará su validez condicionada a que se entienda que en el caso de las mujeres con discapacidad, la solicitud de IVE puede efectuarla su representante legal o quien quiera que actúe legítimamente en su nombre, sin requisitos formales adicionales al denuncia penal por acceso o acto carnal violento o abusivo, cuando tal sea la causal invocada, o con la certificación de un médico cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, o exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, si ellas son las circunstancias aludidas en el caso concreto. Como se evidencia más adelante, al examinar la validez de la instrucción novena, el derecho al diagnóstico ampara por igual a todas las mujeres, con independencia de su condición física, mental, económica, política, racial o social. Por esta razón no hay óbice para excluir de esta exigencia a las mujeres en condición de discapacidad, pues también en relación con ellas las entidades prestadoras de los servicios de salud tienen la obligación de realizar un diagnóstico de su estado de salud física y mental que permita conocer la eventual configuración de alguna de las causales que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional habilitan el ejercicio legítimo de la IVE. Y, naturalmente, también en relación con ellas esta circunstancia determina la obligación de efectuar la correspondiente certificación, de modo que sea posible ejercer legalmente el derecho a la IVE.

DECISIÓN SOBRE INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO EN CADA ETAPA DE GESTACIÓN – Criterios para su adopción / AUTONOMÍA PROFESIONAL DE MÉDICO TRATANTE – Vulneración / CIRCULAR 003 DE 2013 – Nulidad parcial de la instrucción décima segunda / SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – Incompetencia para establecer criterios para adoptar la decisión sobre la IVE en cada etapa de la gestación

Distinto es el caso de lo previsto en la segunda parte de la instrucción en cuestión (“Así, la decisión sobre la realización de la IVE en cada etapa de la gestación debe ser tomada en cada caso concreto mediante una ponderación de (i) la causal de que se trate, (ii) de criterios médicos soportados en la condición física y mental particular de la mujer gestante y, en todo caso, (iii) del deseo de la misma”), que por disponer con qué criterios se debe adoptar la decisión de practicar la IVE, cercena la autonomía profesional de los médicos tratantes, sin que cuente para ello con un soporte legal válido. Por ende, al dictar esta particular instrucción, LA SUPERINTENDENCIA obró fuera de sus competencias constitucionales y legales y es procedente su anulación.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – Incompetencia para establecer medidas en aras de garantizar la efectiva prestación de la atención médica en los casos de IVE / CIRCULAR 003 DE 2013 – Nulidad de la instrucción segunda

[E]n la segunda instrucción se aprecia una regulación del servicio de salud orientado a asegurar la efectiva prestación de la atención médica en los casos de IVE; tema que si bien goza de una reserva de ley que ha sido notablemente flexibilizada por la jurisprudencia, no puede ser ignorada y exige contar con un mínimo de cobertura legal adecuada, a toda luces ausente en el presente caso. Aunque en este evento se podría pensar que lo previsto por el literal p) del artículo 10 de la ley 1571 de 2015, que proclama como derecho de las personas el que no se le grave con cargas administrativas ni burocráticas que afecten la efectividad de su derecho, podría servir para remediar dicha situación, encuentra la Sala que además de resultar demasiado genérica dicha cobertura, dado el carácter congénito de los vicios invalidantes del acto (que nace con o sin fundamento), tal razonamiento no puede ser de recibo.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – Incompetencia para regular cuestiones con reserva de ley / SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – Incompetencia para prohibir vía circular la objeción de conciencia institucional / OBJECION DE CONCIENCIA INSTITUCIONAL EN ABORTO – Improcedencia de su prohibición vía circular instructiva / OBJECION DE CONCIENCIA INSTITUCIONAL EN ABORTO – Reserva de ley / CIRCULAR 003 DE 2013 – Nulidad de la instrucción cuarta

[L]a instrucción cuarta se ocupa del tema de la objeción de conciencia. En ella se niega la posibilidad de ejercer este derecho a las personas jurídicas y se reserva a personas naturales que prestan de manera directa el servicio, con lo cual también se deja por fuera de su órbita de cobertura al personal administrativo al servicio de los entes hospitalarios. Además se fijan los requisitos para el ejercicio de este derecho. Al obrar de este modo, aunque claramente inspirada por la jurisprudencia constitucional que ha abordado el asunto en sede de tutela (en especial la sentencia T-388 de 2009), la Circular No. 003 de 2013 universalizó y normativizó reglas jurisprudenciales que aunque tienen vocación de ser aplicables en casos futuros similares a aquellos en los que fueron proferidas, no pueden generalizarse de manera impersonal y abstracta, como sucede por efecto del instrumento utilizado, sin una cobertura legal adecuada. Máxime cuando, como ocurre en el caso sub examine, resulta discutible que las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia T-388 de 2009 en relación con este asunto tengan el carácter de ratio decidendi, habida cuenta de la crasa falta de conexión del tema con los hechos particulares del caso. Otro es el panorama frente a la sentencia T-209 de 2008. En ella la controversia decidida sí involucra la objeción de conciencia presentada de manera individual pero masiva por los médicos de las instituciones que podían haber atendido a la menor de edad que había sido violada y resultó embarazada. No obstante, y aun si en gracia de discusión se admitiera que una regla de jurisprudencial puede ser objeto de universalización vía circular instructiva (como ocurre en el sub iudice), tampoco en dicho pronunciamiento la Corte Constitucional razona ni fija como regla fundamental o ratio de la decisión la prohibición de la objeción de conciencia institucional. En consecuencia, al obrar de ese modo LA SUPERINTENDENCIA desbordó sus competencias.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – Incompetencia para regular cuestiones con reserva de ley / SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

– Incompetencia para determinar el tiempo para practicar la IVE / RESERVA DE LEY – Las reglas para la práctica de la IVE / CIRCULAR 003 DE 2013 – Nulidad de la instrucción décima primera

[L]a décimo primera instrucción, que fija reglas para la práctica de la IVE, define un procedimiento a seguir en los casos en los que una paciente solicita este servicio. En este sentido, y aunque también relativizada por la jurisprudencia, la Circular No. 003 de 2013 incursionó en un ámbito con reserva de ley (artículo 89 de la Constitución) sin contar con una base legal mínima que pudiera fundamentar la regulación expedida. Por lo tanto, también al dictar esta medida LA SUPERINTENDENCIA actuó fuera de sus competencias.

REPRODUCCIÓN DEL ACTO ANULADO – Procedimiento / NULIDAD DE ACTO QUE REPRODUCE OTRO ANULADO – Requisitos / DECRETO 4444 DE 2006 – Anulado por la indebida utilización por el Ejecutivo de la potestad reglamentaria que le confiere el artículo 189.11 de la Constitución / INSTRUCCIONES PRIMERA Y OCTAVA DE LA CIRCULAR 003 DE 2013 – Semejanza con los artículos 1, 2 y 6 del Decreto 4444 de 2006 / INSTRUCCIONES PRIMERA Y OCTAVA DE LA CIRCULAR 003 DE 2013 – No procede su nulidad porque el fundamento que originó la anulación del Decreto 4444 de 2006, acto precedente, es distinto

[N]o hay duda que el fundamento de la sentencia de 13 de marzo de 2013 no puede extrapolarse al caso sub examine, toda vez que como se manifiesta en el propio inicio de las consideraciones que presiden el cuerpo de la circular, ella fue proferida por LA SUPERINTENDENCIA “en ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control”, y no en desarrollo de la potestad reglamentaria del Presidente conferida por el artículo 189.11 de la Constitución; la cual, como tiene establecido la jurisprudencia, “ejerce el Presidente de la República por derecho propio y con carácter permanente”, y que además “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”. En este orden, si como quedó establecido en el apartado 4.1.2 de esta providencia, corresponde a LA SUPERINTENDENCIA el ejercicio de la función de inspección, vigilancia y control sobre el SGSSS, y en tal virtud el numeral 4º del artículo 6 del Decreto 2462 de 2013, norma que modificó la estructura de LA SUPERINTENDENCIA, le reconoció expresamente la facultad de “[e]mitir instrucciones a los sujetos vigilados sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones normativas que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación”, esto es, un poder de instrucción específico enderezado a facilitar a sus vigilados el cumplimiento de las normas cuya vigilancia y control le corresponde, no hay duda que el cargo planteado por la demandante no se configura. Ello, en atención a que si bien es cierto que existe una relación de similitud entre las instrucciones primera y octava de la Circular No. 003 de 2013 con los artículos 1, 2 y 6 del Decreto 4444 de 2006, anulado mediante sentencia de 13 de marzo de 2013 de esta misma Sala de Decisión, no lo es menos que el fundamento de tal decisión anulatoria no es predicable del acto bajo revisión. Por ende, no se cumple el segundo requisito establecido por el artículo 237 del CPACA. En consecuencia, el cargo planteado debe ser desestimado.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 13 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 93 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA –

ARTÍCULO 150 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 151 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 152 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 153 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 189 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 230 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 243 / DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS – ARTÍCULO 29.2 / PACTO DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS – ARTÍCULO 6.1 / PACTO DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS – ARTÍCULO 18.3 / CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – ARTÍCULO 4.1 / CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – ARTÍCULO 12.3 / LEY 1122 DE 2007 - ARTÍCULO 35 / LEY 1438 DE 2011 - ARTÍCULO 118 / LEY 1438 DE 2011 - ARTÍCULO 121 / LEY 1438 DE 2011 - ARTÍCULO 130.7 / CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER – ARTÍCULO 2 / LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 153 / LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 159 / LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 162 / LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 198 / CONVENCIÓN DE BELÉM DO PARÁ – ARTÍCULO 4 / CONVENCIÓN DE BELÉM DO PARÁ – ARTÍCULO 5 / DECRETO 2462 DE 2013 - ARTÍCULO 6 / LEY 1122 DE 2007 - ARTÍCULO 35 / LEY 23 DE 1981 - ARTÍCULO 10 / LEY 23 DE 1981 - ARTÍCULO 11 / LEY 23 DE 1981 – ARTÍCULO 15 / LEY 715 DE 2001 - ARTÍCULO 43 / LEY 715 DE 2001 – ARTÍCULO 44 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 239

NOTA DE RELATORÍA. Ver sentencias Corte Constitucional C-355 de 2006, C-263 de 2013 y T-737 de 2013; y del Consejo de Estado, Sección Primera, de 18 de febrero de 2016, Radicación 11001-0324-000-2013-00018-01 y 11001-0324-000-2013-00397-00, C.P. Guillermo Vargas Ayala; de 24 de agosto de 2000, Radicación CE-SEC1-EXP2000-N6096, C.P. Juan Alberto Polo Figueroa; de 11 de febrero de 2016, Radicación 11001-03-24-000-2009-00457-00, C.P.: Roberto Augusto Serrato Valdés; de la Sección Tercera de 8 de marzo de 2007, Radicación 11001-03-26-000-1998-00017-00(15071), C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

NORMA DEMANDADA: CIRCULAR EXTERNA 003 DE 2013 (26 de abril) SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – INSTRUCCIÓN SEGUNDA (Anulada) / CIRCULAR EXTERNA 003 DE 2013 (26 de abril) SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – INSTRUCCIÓN CUARTA (Anulada) / CIRCULAR EXTERNA 003 DE 2013 (26 de abril) SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – INSTRUCCIÓN DÉCIMA PRIMERA (Anulada) / CIRCULAR EXTERNA 003 DE 2013 (26 de abril) SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – INSTRUCCIÓN DÉCIMA SEGUNDA PÁRRAFO DOS (Anulado) / CIRCULAR EXTERNA 003 DE 2013 (26 de abril) SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – INSTRUCCIÓN TERCERA INCISO SEGUNDO (Validez Condicionada) / CIRCULAR EXTERNA 003 DE 2013 (26 de abril) SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – INSTRUCCIÓN PRIMERA (No anulada) / CIRCULAR EXTERNA 003 DE 2013 (26 de abril) SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – INSTRUCCIÓN QUINTA (No anulada) / CIRCULAR EXTERNA 003 DE 2013 (26 de abril) SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – INSTRUCCIÓN SEXTA (No anulada) / CIRCULAR EXTERNA 003 DE 2013 (26 de abril) SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – INSTRUCCIÓN SÉPTIMA (No anulada) / CIRCULAR EXTERNA 003 DE 2013 (26 de abril) SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – INSTRUCCIÓN OCTAVA (No anulada) / CIRCULAR EXTERNA 003 DE 2013 (26 de abril) SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – INSTRUCCIÓN NOVENA (No anulada) / CIRCULAR EXTERNA 003 DE 2013 (26 de abril) SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – INSTRUCCIÓN DÉCIMA (No

anulada) / CIRCULAR EXTERNA 003 DE 2013 (26 de abril)
SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – INSTRUCCIÓN DÉCIMA
TERCERA (No anulada) / CIRCULAR EXTERNA 003 DE 2013 (26 de abril)
SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – INSTRUCCIÓN DÉCIMA
CUARTA (No anulada) / CIRCULAR EXTERNA 003 DE 2013 (26 de abril)
SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – INSTRUCCIÓN DÉCIMA
QUINTA (No anulada)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA

Bogotá, D.C., trece (13) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00257-00

Actor: HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN IGNACIO

Demandado: SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Referencia: Medio de control de Nulidad

Referencia: Reserva de ley y potestad normativa de la Administración. Reserva de ley sobre derechos fundamentales. Facultad de instrucción de la Superintendencia Nacional de Salud. Diferencia entre la facultad de instrucción y la potestad reglamentaria de la ley. Derecho fundamental a la IVE. Evolución del papel de la jurisprudencia en el sistema de fuentes. Peculiaridad de la fuerza vinculante de los precedentes jurisprudenciales y particularidades de su aplicación por los jueces y por la Administración. Indebida citación de las normas que fundamentan la competencia de la autoridad no genera invalidación del acto. Improcedencia de universalizar por vía de instrucción la regla de Derecho fijada en un precedente jurisprudencial. Sentencias integradoras de la Corte Constitucional. Cosa juzgada constitucional y deber de acatar los fallos de la Corte Constitucionalidad. Reproducción de acto previamente anulado. Falsa motivación.

Procede la Sala a decidir de fondo sobre la demanda de nulidad incoada por la parte actora contra la Circular Externa No. 003 del 26 de abril de 2013, emitida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD (en adelante LA SUPERINTENDENCIA).

I. LA DEMANDA

1.1. La demanda.

En ejercicio del medio de control de nulidad consagrado en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, por conducto de apoderado, el HOSPITAL SAN IGNACIO acudió ante el Consejo de Estado con el fin de obtener la nulidad integral de la Circular Externa No. 003 del 26 de abril de 2013, proferida por LA SUPERINTENDENCIA, “por la cual se imparten instrucciones sobre la interrupción voluntaria del embarazo (IVE), en aplicación de la Constitución Política, los Tratados Internacionales y las sentencias de la Corte Constitucional, y se deroga la Circular No. 03 de 2011”.

1.2. Pretensiones.

La parte actora formula como pretensión:

“Que se declare la nulidad de la Circular Externa 3, que fue expedida el 26 de abril de 2013 por el Señor Superintendente Nacional de Salud y publicada el 29 de abril de 2013 en el Diario Oficial”¹.

1.3. Hechos y omisiones en que se fundamenta la demanda.

Entre los distintos hechos relacionados por el actor en su demanda, como antecedentes relevantes de la presente controversia se destacan los siguientes:

1.3.1. El 10 de mayo de 2006, mediante la sentencia C-355, la Corte Constitucional resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 32.7, 122,123 y 124 de la ley 599 de 2000, y dispuso lo siguiente:

*“Segundo. Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 32, numeral 7 de la Ley 599 de 2000, por los cargos examinados en la presente sentencia.*

*Tercero. 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,*

1 FI. 30.

(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.

Cuarto. Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión “...o en mujer menor de catorce años ...” contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000.

Quinto. Declarar **INEXEQUIBLE** el artículo 124 de la Ley 599 de 2000”.

1.3.2. Con base en esta decisión, e invocando distintas normas que regulan las competencias del Ejecutivo en materia del sistema de salud, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4444 de 2006, por medio del cual “pretendió reglamentar la prestación del servicio de lo que entonces se denominó interrupción voluntaria del embarazo”².

1.3.3. En la sentencia T-388 de 2009, la Corte Constitucional impartió ciertas instrucciones a LA SUPERINTENDENCIA en relación con la puesta en marcha por las EPS e IPS del país del servicio de IVE, de acuerdo con lo previsto en la sentencia C-355 de 2006.

1.3.4. Mediante auto del 15 de octubre de 2009, el Decreto 4444 de 2006, fue suspendido provisionalmente por la Sección Primera del Consejo de Estado, por considerar que “se hace imperiosa la necesidad de que el legislador ordinario, en virtud del pronunciamiento de la Corte Constitucional, regule la materia relacionada con el aborto y la atención en salud en este campo por parte de quienes conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues de no ser así se llegaría al absurdo de entender que la sentencia de la Corte Constitucional hace las veces de ley y que el Gobierno Nacional puede reglamentar una sentencia”³.

1.3.5. Por sentencia del 13 de marzo de 2013, con base en razones análogas a las que sustentaron su suspensión provisional, la Sección Primera del Consejo de Estado declaró la nulidad del Decreto 4444 de 2006.

1.3.6. Pese a estas decisiones, que en criterio del demandante expresan la necesaria preexistencia de una norma legal para el ejercicio de los poderes reglamentarios del Gobierno, al amparo de diversas providencias de la Corte Constitucional, el Superintendente Nacional de Salud expidió la Circular Externa No.

2 Fl. 31.

3 Ídem.

003 de 2013 el día 26 de abril, por medio de la cual impartió instrucciones con un sentido idéntico al de la regulación contenida en el Decreto 4444 de 2006, previamente suspendida y anulada por el Consejo de Estado.

1.4. Normas violadas y concepto de la violación.

La parte actora señala como vulneradas por la circular acusada los artículos 6, 48, 121, 122, 150, 152, 189 y 334 de la Constitución Política de Colombia, la ley 100 de 1993 y la ley 1122 de 2007, así como el Decreto 1018 de 2007.

Estos señalamientos se sustentan en el cargo planteado así:

- **Infracción de normas superiores y falta de competencia del Superintendente para regular las materias a las que se refiere el acto acusado.**

Aduce que las autoridades públicas, al tenor de lo previsto por los artículos 6, 121 y 122 de la Constitución solo pueden cumplir las funciones que les han sido confiadas de manera expresa por la ley o el reglamento, y son responsables por la extralimitación en su ejercicio.

Apunta que la facultad de instrucción que le asiste al órgano de control debe ejercerse “dentro de los estrictos y precisos términos que prevean, en primer lugar, las normas que expide el Congreso de la República y, en segundo término, las disposiciones que dicta el Gobierno Nacional en ejercicio de la potestad reglamentaria”⁴. Y señala que en este caso, a la luz de lo previsto en las leyes 100 de 1993 y 1122 de 2007, así como en el Decreto 1018 de 2007, normas que enmarcan las competencias de la entidad, no se vislumbra el fundamento legal ni reglamentario para adoptar la decisión impugnada.

Resalta que “se trata de temas de muy hondo calado y cuya reglamentación legal demanda no solo un cuidadoso análisis del ámbito y del contenido normativo de los distintos derechos constitucionales que están en juego –el derecho a la vida, el relativo a la seguridad social y el de la objeción de conciencia-, sino de una delicada ponderación de aquellos que en el caso presente resultan en conflicto”⁵. Y resalta

4 Fls. 33-34.

5 Fl. 34.

que en virtud de su trascendencia jurídica, “el artículo 152 de la Constitución señala que, en medida muy apreciable, esa regulación legal debe hacerse mediante una ley estatutaria”⁶.

Manifiesta que en presencia de tales reservas legales, “si el espacio para reglamentar esos temas –en ausencia de ley- le estaba vedado al Gobierno Nacional, con más veras le está vedado al señor Superintendente Nacional de Salud”⁷.

Indica que aunque en gracia de discusión podría considerarse que la sentencia T-388 de 2009 ofrece un fundamento jurídico a la circular atacada, tal postura no resiste un análisis a la luz de los principios que informan el Estado social de derecho establecido por la Constitución. Primero, porque “un fallo judicial no puede venir a reemplazar la ley, ni a servir de base para el ejercicio de facultades de reglamentación o de instrucción, ni mucho menos a ser fuente de nuevas competencias para una autoridad pública”⁸. Segundo, porque LA SUPERINTENDENCIA no debió haber ignorado lo dicho por el Consejo de Estado respecto de la necesidad de una ley previa que habilitara el ejercicio de la facultad reglamentaria del Gobierno, para que luego el órgano de control pueda impartir las instrucciones que juzgue necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley⁹. Y tercero, porque “las decisiones de suspensión y de anulación del Decreto 4444 de 2006 afectaron indiscutiblemente varias de las órdenes que habían sido impartidas en la sentencia T-388 de 2009”¹⁰. Y enfatiza que, en todo caso, la orden de la Corte Constitucional contenida en dicha providencia “no puede ser entendida como una especie de carta blanca para que la Superintendencia Nacional de Salud entre a fungir de legislador y a dictar verdaderas normas jurídicas de carácter general para regular –con carácter totalmente vinculante- los temas de la no penalización del aborto, la inclusión de la denominada interrupción voluntaria del embarazo entre los servicios de salud y la objeción de conciencia”¹¹.

- Reproducción de acto suspendido y anulado.

6 Fl. 34.

7 Ídem.

8 Eiusdem.

9 Ídem.

10 Fl. 35.

11 Ibidem.

Expresa la demanda que tras la lectura de la Circular Externa No. 003, se concluye que “el señor Superintendente Nacional de Salud, acudiendo a los mismos fundamentos jurídicos que invocó el Gobierno Nacional para expedir dicho decreto y aduciendo el pretendido cumplimiento de las funciones de inspección, vigilancia y control asignadas a la Superintendencia Nacional de Salud, terminó por reproducir, en esencia, las disposiciones del Decreto 4444 de 2006, ya suspendido y anulado”¹². Esto, en consideración a la similitud de los temas abordados: órdenes para los prestadores de servicios de salud en relación con la IVE, reglas para la no discriminación frente a las mujeres que acudan a solicitar el servicio o profesionales que lo presten, la prohibición de generar barreras a su prestación y de utilizar la objeción de conciencia institucional y un régimen sancionatorio que busca el cumplimiento de lo previsto¹³.

- **Falta de competencia de la Superintendencia para regular el derecho a la vida –bajo la forma de la interrupción voluntaria de un embarazo- y la objeción de conciencia.**

Expone que por expreso mandato del artículo 152 constitucional, la regulación de los asuntos concernientes a derechos fundamentales, tales como la vida y la objeción de conciencia, se encuentra reservada al legislador estatutario. Razón por la cual cuestiones como el procedimiento para su protección, sus límites y contenido esencial no pueden ser objeto de regulación por una circular administrativa.

Sostiene que en el caso del Hospital San Ignacio, institución de propiedad de la Compañía de Jesús de la Iglesia Católica, “su oferta de servicios no incluye la práctica de intervenciones médicas dirigidas a interrumpir voluntariamente un embarazo, en lo que, en el campo institucional, es una clara manifestación, precisamente, del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, puesto que del catálogo de servicios las instituciones voluntaria y autónomamente excluyen aquellas intervenciones que van en contra de las convicciones que profesan”¹⁴. Y resalta que se trata de una decisión tomada al amparo de un derecho fundamental, y que por ende “solo una decisión del legislador podría establecer las reglas básicas para habilitar, ahí sí, la actuación de autoridades administrativas como el Ministerio de Salud y Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud”¹⁵.

12 Ejusdem.

13 Fls. 35-36.

14 Fl. 37.

15 Fl. 40.

Advierte que la ley 100 de 1993 “no prevé que una determinada institución prestadora de servicios de salud pueda ser obligada a habilitar y a realizar todos y cada uno de los procedimientos previstos en el POS o que, incluso por fuera de él, juzguen necesarios el Ministerio de Salud y Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud”¹⁶.

- **Falsa motivación.**

Considera que ninguna de las razones de Derecho invocadas por LA SUPERINTENDENCIA (la sentencia C-355 de 2006, las sentencias T-988 de 2007, T-209 de 2008, T-946 de 2008, T-009 de 2009, T-388 de 2009, T-585 de 2010, T-636 de 2011 y T-841 de 2011, así como la ley 100 de 1993, la ley 1122 de 2007, la ley 1438 de 2011 y el Decreto 1018 de 2007) se relacionan con la IVE ni la facultan para regular este tema; además de que, en ningún caso, las sentencias invocadas pueden venir a sustituir a la ley en un asunto reservado constitucionalmente al legislador¹⁷.

II. CONTESTACION DE LA DEMANDA

La demanda se notificó debidamente a LA SUPERINTENDENCIA y fue contestada por intermedio de apoderado judicial, quien expresó su oposición a las pretensiones de la demanda y solicitó que fueran denegadas¹⁸. Negó que los contenidos de la circular demandada sean idénticos a los del Decreto 4444 de 2006, así como que haya regulado asuntos como la IVE y que se haya expedido en ejercicio de la potestad reglamentaria del ejecutivo, pues, afirma, LA SUPERINTENDENCIA “se limitó únicamente a transcribir los antecedentes que sobre la IVE ha emitido la Corte Constitucional”¹⁹.

Adicionalmente, fincó la defensa de la legalidad del acto acusado en los siguientes argumentos²⁰:

- **Frente a los cargos de violación de la Constitución y la ley y de falta de competencia del Superintendente para expedir la circular:**

16 Fl. 37.

17 Fl. 41.

18 Fls. 61-107.

19 Fl. 63.

20 Fls. 50-53.

Afirma que la sentencia C-355 de 2006 despenalizó el 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. Por ende, sostiene, “[l]a mencionada providencia de constitucionalidad, con efectos *erga omnes*, estableció que dicha sentencia tenía vigencia inmediata y que el goce de los derechos por ésta protegidos no requiere desarrollo legal o reglamentario alguno”²¹.

Explica que el aborto ilegal es un problema de salud pública, tal como lo ha determinado en estudios la OMS, razón por la cual la competencia de LA SUPERINTENDENCIA para vigilar, inspeccionar y controlar que los prestadores de salud cumplan con la adecuada atención a las mujeres que acudan a ellos está fuera de discusión²².

Efectúa un recuento de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional a LA SUPERINTENDENCIA en diferentes sentencias de tutela que han dado desarrollo jurisprudencial a lo establecido en la sentencia C-355 de 2006 y han abordado los temas tratados en la circular (T-209 de 2008, T-946 de 2008, T-T-388 de 2009, T-585 de 2010, T-841 de 2011, A-327 de 2010 y A-172 de 2011). Y afirma que “de **las providencias judiciales** mencionadas se desprenden –sin duda- los **contenidos normativos obligacionales** relativos a la prestación de servicios de salud del aborto en los casos despenalizados por la Corte Constitucional, los cuales se radican en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud. Es de agregar que **la misma Corte en sus diferentes pronunciamientos acepta constitucionalmente la facultad de investigar y sancionar en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud, en aquellos casos en que los prestadores de salud incumplan los mandatos constitucionales**”²³ (negritas del texto).

21 Fl. 65.

22 Fl. 66.

23 Fl. 70.

Afirma que la circular demanda fue expedida “[c]on el único propósito de cumplir con las **órdenes constitucionales** dictadas por la Corte a la Superintendencia”²⁴. Y remarca que su único objetivo fue “tomar las decisiones administrativas generales para que en todo el territorio nacional se cumpla lo dispuestos (*sic*) en las diferentes providencias relacionadas con el Aborto (*sic*)”²⁵. De aquí que se haya encontrado pertinente dictar las instrucciones contenidas en la circular atacada; toda vez que en consideración a su papel de interprete autorizado de la Constitución, sus pronunciamientos “constituyen **contenidos normativos obligatorios**, en este caso, dirigidos a los prestadores de servicios de salud con el propósito de que ajusten su conducta a un comportamiento constitucional en la atención de la IVE”²⁶ (negrillas del texto).

Anota que por lo anterior, la Circular Externa No. 003 de 2013 “se limitó a **transcribir los contenidos normativos obligatorios** dictados por la Corte Constitucional en su jurisprudencia, relacionados con los **prestadores del servicio de salud**”²⁷ respecto de la IVE. De aquí que “**cada una de las instrucciones dadas en la Circular No. 03 de 2013 son transcripción literal de los contenidos normativos obligatorios dictados por la Corte Constitucional en sus providencias (...)** El sustento jurídico esencial de dicha circular es la **propia Constitución Política y la interpretación que de ella ha hecho su intérprete autorizado: la Corte Constitucional**. Igualmente, son el resultado de las órdenes dadas por la Corte Constitucional a la Superintendencia Nacional de Salud”²⁸ (negrillas del texto).

Concluye que en virtud de tal circunstancia “la Superintendencia **no está instruyendo** a los sujetos de inspección, vigilancia o control, **sobre alguna actividad o desarrollo funcional que no haya sido señalado expresamente por la Corte Constitucional en sus sentencias**”²⁹ (negrillas del texto). Y procede a hacer un estudio detallado de cuál es el fundamento de cada una de las instrucciones contenidas en la Circular No. 003 de 2013³⁰.

- **Frente al cargo de exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria:**

24 Fl. 71.

25 Ídem.

26 Íbidem.

27 Fl. 72.

28 Ídem.

29 Eiusdem.

30 Fls. 72-73.

Enfatiza que la Circular No. 003 de 2013 no fue dictada en ejercicio de la potestad reglamentaria que confiere al Presidente el artículo 189.11 de la Constitución para asegurar la cumplida ejecución de la ley. Esto, toda vez que ella “no desarrolla ni explícita ni implícitamente contenidos normativos legales (...) [S]implemente transcribió literalmente contenidos normativos señalados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Contenidos normativos que han hecho tránsito a cosa juzgada constitucional y que en consecuencia gozan de la obligatoriedad que la Constitución y la ley de la administración de justicia les otorgan”³¹. Y afirma que al tratarse de una mera transcripción no es predicable el ejercicio de potestad reglamentaria alguna.

Aduce que la Circular demandada “es la ejecución de diferentes **órdenes constitucionales dadas a la Superintendencia Nacional de Salud**”³² (negritas del texto).

Manifiesta que el acto atacado no regula el derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo, pues la Corte Constitucional, en la sentencia C-355 de 2006, expresó que los derechos fundamentales allí reconocidos no requieren ni desarrollo legal ni reglamentario de ninguna especie. Por ende, “mal podría afirmarse que la Superintendencia Nacional de Salud –al transcribir *ratios decidendis* de fallos constitucionales- está regulando algo que no requiere regulación”³³.

- **Frente al cargo de desconocimiento de los artículos 6, 121 y 122 de la Constitución:**

Considera que la demanda interpuesta parte de una comprensión “minimalista” de los artículos 6, 121 y 122 de la Carta, pues parece entender la idea de Constitución como algo “estático y formal”³⁴. Esto, por cuanto ignora que en un Estado constitucional como el instaurado por el Texto de 1991 las normas constitucionales no son solo aquellas que figuran expresamente en su articulado, pudiendo no figurar en él, como ocurre en virtud de la idea de bloque de constitucionalidad (artículo 93) o de la atipicidad de los derechos y garantías

31 Fl. 75.

32 Fl. 76.

33 Ídem.

34 Fl. 77.

fundamentales (artículo 94). Lo anterior, sin contar con que por obra de la indeterminación de los enunciados constitucionales, de su interpretación se puede derivar multitud de contenidos normativos³⁵.

Indica que “cuando **la interpretación de los textos constitucionales y de los derechos fundamentales** deviene de las autoridades que la misma Constitución ha señalado para tal efecto, esta se convierte en **vinculante**”³⁶. Y agrega que “[e]ste carácter **vinculante de la jurisprudencia de la Corte Constitucional** implica que tanto las autoridades judiciales como **las administrativas** deben sentirse obligadas al acatamiento del contenido normativo que se ha identificado respecto de un texto constitucional o de un derecho fundamental”³⁷ (negritas del texto). De donde deriva la conclusión que las autoridades administrativas no están vinculadas únicamente a la letra del texto constitucional, sino también a los precedentes dictados por la Corte Constitucional³⁸. Ello, dice, en garantía de la eficacia del Estado social, de los fines del Estado, de la efectividad de los derechos fundamentales, de la jerarquía superior de la Constitución y sus principios y derechos³⁹. Y resalta que así lo ha determinado la misma Corte Constitucional en sentencias como la C-539 de 2011.

Manifiesta que las decisiones adoptadas en los fallos recogidos por la Circular son “los parámetros de contenido constitucional que regulan en la práctica la interrupción voluntaria del embarazo. En este orden de ideas, correspondía a la Superintendencia Nacional de Salud –con base en el numeral 23 del artículo 6º del Decreto 1018 de 2007, además de las órdenes constitucionales (*sic*) – instruir a sus vigilados sobre los contenidos normativos obligatorios que regulan una actividad como la IVE”⁴⁰. Así, plantea, la expedición de acto acusado no tuvo otro fin que instruir a los prestadores del servicio de salud de los contenidos normativos constitucionales que rigen este procedimiento y “ajusten su comportamiento a tales preceptos, realicen los procedimientos que la propia Corte ha establecido ante prácticas de IVE y en últimas garanticen los derechos fundamentales de las mujeres que acudiendo al servicio de salud deseen practicarse una IVE con base en los lineamientos establecidos por el tribunal constitucional”⁴¹.

35 Fl. 78.

36 Ídem.

37 Fls. 78-79.

38 Fl. 79.

39 *Ibidem*.

40 Folio 82.

41 *Ídem*.

- **Frente al cargo de reproducción de un acto suspendido o anulado:**

Discrepa del señalamiento de réplica de la norma anulada con base en los siguientes razonamientos:

Argumenta que mientras que el Decreto 4444 de 2006 fue dictado con el propósito de reglamentar unos servicios de salud sexual y reproductiva, “la Circular No. 03 de 2013 tuvo como propósito impartir unas instrucciones sobre la interrupción voluntaria del embarazo (IVE). En momento alguno reguló o reglamentó –ni explícita ni implícitamente- contenidos normativos legales”⁴².

Coteja el fundamento del Decreto 4444 de 2006 (el art. 189.11 de la Constitución 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) con el de la Circular (la Constitución, los tratados internacionales y las sentencias de la Corte Constitucional) y concluye que se trata de actos claramente diferenciables y diferenciados. Y afirma que el acto demandado surge “de la aplicación directa de la Constitución y de los contenidos normativos obligatorios señalados en las sentencias de la Corte Constitucional”⁴³.

Razona que tampoco los contenidos son similares, pues mientras que el Decreto 4444 de 2006 se ocupó de la disponibilidad del servicio, las normas técnicas aplicables, el financiamiento, la objeción de conciencia, la prohibición de prácticas discriminatorias y el régimen sancionatorio, para lo cual tomó reglas provenientes de la jurisprudencia constitucional y estableció otras con criterio autónomo, “la Circular No. 03 de 2013 no tocó temas como las normas técnicas en la aplicación de la IVE y menos aún en relación con su financiamiento. La mencionada circular **instruye** a los prestadores del servicio de salud, a las entidades administradoras de planes de beneficios y a las entidades territoriales **sobre los contenidos normativos obligatorios literales que ha dictado la Corte Constitucional respecto de la interrupción voluntaria del aborto, los cuales deben ser acatados por dichos sujetos, acorde con el carácter vinculante de los precedentes constitucionales**”⁴⁴ (negrillas del texto).

42 Folio 83.

43 Folio 84.

44 Folios 85-86.

Explica que tampoco se podría afirmar válidamente que la circular demandada desconoce la sentencia de 13 de marzo de 2013, por medio de la cual la Sección Primera del Consejo de Estado anuló el Decreto 4444 de 2006, toda vez que el fundamento de esta decisión fue la infracción del artículo 189.11 de la Constitución, por cuanto se ejerció la potestad reglamentaria sin que existiera una ley que reglamentar. Por ende, al no ser la Circular una reproducción del Decreto anulado, ni haber sido expedido en ejercicio de la potestad reglamentaria, no cabe predicar dicha contravención.

- Frente al cargo de falta de competencia de la Superintendencia para regular los derechos a la vida y a la objeción de conciencia:

Afirma que la Circular No. 003 de 2013 no impone regulación alguna, toda vez que las instrucciones impartidas “son la transcripción literal de precedentes jurisprudenciales claramente identificados y dictados por la propia Corte Constitucional”⁴⁵. Sus contenidos, indica más adelante, “devienen literalmente de la interpretación que la Corte Constitucional ha dado a diferentes derechos fundamentales”⁴⁶.

Expresa que el rango de derecho fundamental de la IVE no fue conferido por LA SUPERINTENDENCIA, sino por la misma Corte Constitucional, que en la sentencia C-355 de 2006, como intérprete autorizada de la Constitución, entendió y declaró que los derechos a la vida, la integridad personal, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad de la mujer fundamentan ese derecho fundamental. Y fue dicha Corporación, además, la que dispuso que el disfrute de ese derecho no requería desarrollo legal ni reglamentario alguno⁴⁷.

Sostiene que los mismos argumentos planteados frente a la IVE proceden frente a la objeción de conciencia, que tampoco fue regulada en la circular demandada. Dado que en ella tan solo se recogen las posturas expuestas por la jurisprudencia constitucional al respecto, “no es la Superintendencia Nacional de Salud (...) la que está tomando decisiones respecto de la objeción de conciencia, es la propia Corte Constitucional la que, en sus sentencias, ha establecido la interpretación

45 Folio 101.

46 Folio 103.

47 Folio 102.

correcta de la referida objeción en punto de la interrupción voluntaria del embarazo”⁴⁸.

- **Frente al cargo de falsa motivación:**

Esgrime que el cargo, “además de carecer de soporte jurídico, resta de manera desconcertante valor alguno a los precedentes jurisprudenciales señalados por la Corte Constitucional”⁴⁹. Y reitera una vez más que la circular demandada “no es más que el cumplimiento y ejecución de órdenes constitucionales, cuyas instrucciones están soportadas literalmente en los contenidos normativos dictados por el Tribunal Constitucional respecto de la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) sin agregar o suprimir parámetro alguno”⁵⁰.

- **Acotación final: sobre la cosa juzgada constitucional.**

Asevera que los planteamientos de la demanda solo traslucen el inconformismo de la parte actora con las decisiones tomadas en sede constitucional, que pretenden ahora ser cuestionadas en sede contenciosa. Y resalta que toda vez que la Circular No. 003 de 2013 únicamente recoge los pronunciamientos de la Corte Constitucional en materia de IVE y de objeción de conciencia institucional, resulta imperioso considerar que tales contenidos “gozan del fenómeno de cosa juzgada constitucional y por ende su carácter vinculante deviene de la Constitución como de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia”⁵¹.

III. OTRAS INTERVENCIONES

3.1. Intervención de Women´s Link Worldwide:

Representada por una de sus miembros, la organización Women´s Link Worldwide solicitó ser reconocida como coadyuvante de la parte demandada, para defender la legalidad de la circular demandada⁵². Pide la negativa de las pretensiones de la demanda con base en los siguientes razonamientos:

48 Folio 104.

49 Ídem.

50 Folio 105.

51 Fl. 107.

52 Fls. 113-126.

Alega que LA SUPERINTENDENCIA obró, en general, con arreglo a las facultades de intervención que se le reconocen al Estado en el artículo 154 y 170 de la ley 100 de 1993 para garantizar la calidad del servicio que se presta a los usuarios; y en particular, en desarrollo de las funciones y objetivos que le encomiendan los artículos 35 y 39 de la ley 1122 de 2007 a este ente de vigilancia y control del sector salud. Por ende, concluye que en aplicación de esta normativa no hay duda que este ente “puede expedir directrices para garantizar la prestación del servicio de salud y los derechos de los usuarios, dirigidas a todos los actores del sistema de seguridad social en salud”⁵³.

Resalta que en providencias como el auto 327 de 2010 y la sentencia T-841 de 2011 la jurisprudencia constitucional ha impartido órdenes a LA SUPERINTENDENCIA dirigidas a informar a los operadores del sector salud sobre su obligación de hacer efectivo el derecho a la IVE de las usuarias del sistema de salud. Añade que en estas condiciones, además de la facultad legal de intervenir, en estos eventos el órgano de control “tiene la obligación de tomar medidas para garantizar el acceso al derecho a la IVE, y por lo tanto, de acuerdo con las normas constitucionales, tiene un rol de garante de los derechos de las mujeres”⁵⁴. Y agrega que desde el punto de vista constitucional, circulares como la demandada son el instrumento adecuado para dar cumplimiento a sus responsabilidades frente a este derecho fundamental.

Enfatiza que el análisis del contenido de la Circular No. 003 de 2013 permite evidenciar que en ella LA SUPERINTENDENCIA tan solo “reitera las reglas establecidas por la Corte Constitucional, como intérprete autorizado de la Constitución, para garantizar el derecho a la IVE”⁵⁵. En consecuencia, sus instrucciones “no son reglas creadas por el ente de supervisión del sistema de salud, sino la aplicación de lo ya dispuesto constitucionalmente en cada una de las decisiones emitidas por la Corte ante situaciones evidentes y continuas de violación de derechos humanos y fundamentales de las mujeres por parte de los actores del sistema de salud”⁵⁶.

Explica que la circular menciona la obligación legal de establecer un sistema de referencia y contrareferencia, en armonía con uno de los principios del sistema de

53 Fl. 118.

54 Fl. 119.

55 Ídem.

56 Fls. 119-120.

salud contemplado por la ley 100 de 1993 (artículo 162 párr. 5º), a efectos de garantizar la calidad del servicio, su oportunidad, continuidad, accesibilidad e integralidad. Indica que también tiene fundamento legal el deber de confidencialidad del servicio, relacionado con el secreto profesional, y un deber de información en cabeza de los operadores, que busca proporcionar a LA SUPERINTENDENCIA información indispensable para poder cumplir su función de vigilancia y control.

Destaca que la circular demandada es un acto distinto del Decreto 4444 de 2006, anulado por el Consejo de Estado en marzo de 2013. Esto, por cuanto se trata de un acto proferido en ejercicio de las funciones de vigilancia y control que son inherentes a LA SUPERINTENDENCIA y en cumplimiento de las órdenes emitidas por la Corte Constitucional, mientras que aquél era un decreto reglamentario de la prestación del servicio de salud sexual y reproductiva.

Sostiene que no es cierto que con la circular demandada se esté regulando el derecho a la vida, pues “la definición de los alcances del derecho, la existencia y protección del bien jurídico vida del *nasciturus*, y la titularidad del derecho a la vida por parte de las mujeres, y no por el embrión, fue definido por la Corte Constitución. Dentro de este marco, en que se concluyó que las mujeres tenían derecho a optar por una IVE en tres circunstancias, es que la Superintendencia de Salud, ha ejercido sus competencias para garantizar que las entidades e instituciones prestadoras de salud cumplan con dicho marco constitucional, y asegurar que los derechos de las mujeres protegidos en la sentencia C-355 de 2006 se encuentran efectivamente garantizados para todas las usuarias del sistema de salud”⁵⁷.

Por último, expone que tampoco es cierto que haya falsa motivación, puesto que LA SUPERINTENDENCIA obró en ejercicio de sus competencias al dictar una circular para la asegurar la buena prestación de un servicio amparado por el POS. En criterio de la organización interviniente, “[l]a argumentación del demandante es falaz por absurda, pues de acuerdo con su razonamiento, para que la Superintendencia pudiera ejercer sus competencias, el legislador tendría que previamente regular desde los procedimientos de radiografía de tránsito intestinal hasta la extracción de cuerpo extraño del páncreas. Conclusión que no tiene fundamento en ninguna parte del ordenamiento, pero que además conduciría a la

57 Fl. 124.

parálisis del sistema de salud, pues se requeriría un cuerpo legislativo para regular cada uno de los procedimientos, medicamentos y servicios, previamente a que la Superintendencia pudiera inspeccionar y vigilar a los actores del sistema en la prestación del servicio de salud”⁵⁸.

3.2. Intervención de La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres:

Actuando por intermedio de su coordinadora y su abogada, el colectivo La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres presenta escrito de *amicus curiae* con el fin de coadyuvar la defensa de la legalidad del acto demandado⁵⁹. En su criterio “[l]as órdenes impartidas por la Corte Constitucional, como cualquier otra emitida por una autoridad judicial tiene un carácter preeminente y vinculante. No podría entonces la Superintendencia Nacional de Salud, entrar a desconocer una orden judicial ni menos, controvertir por omisión la legalidad de lo contenido en esta (*sic*) y más cuando proviene de la institución competente para interpretar la Constitución Política”⁶⁰.

Frente a los señalamientos contenidos en la demanda plantea las siguientes consideraciones:

Manifiesta que no es correcto afirmar, como se hace en la demanda, que por la suspensión provisional de que fue objeto el Decreto 4444 de 2006 se alteró el cumplimiento de las órdenes emitidas en la sentencia T-388 de 2009, ni mucho menos concluir que las decisiones allí tomadas pierdan fuerza o devengan nulas.

Se opone a la afirmación de la demanda según la cual la circular demandada “revive” el contenido del Decreto 4444 de 2006, porque su contenido se limita a reiterar lo señalado por la jurisprudencia constitucional en punto a la IVE, sin que se adopten decisiones nuevas al respecto.

Descarta igualmente que con la circular atacada LA SUPERINTENDENCIA pretenda regular el derecho de objeción de conciencia, toda vez que, de nuevo, ella se limita a seguir lo que ha señalado al respecto la jurisprudencia constitucional en sentencias proferidas de conformidad con la ley, que por tanto han hecho tránsito a cosa juzgada. Adiciona que los salvamentos de voto no son

58 Fl. 125.

59 Fls. 133-147.

60 Fl. 147.

más que razones de jueces en particular, que no restan fuerza jurídica a la decisión mayoritaria. Y resalta que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha incorporado los estándares nacionales sobre la objeción de conciencia institucional a servicios de salud, legitimándolos así para toda la región.

Menciona que el hecho de adoptar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las sentencias de la Corte Constitucional, tal como sucede con la Circular No. 003 de 2013, en manera alguna conlleva reglamentar un tema, ni mucho menos replicar un Decreto anulado. Y señala aspectos reiterados por la Corte Constitucional respecto del ejercicio del derecho a la IVE, destacando entre ellos la obligación de “estar disponibles en todo el territorio nacional”, de contar con personal capacitado, de ser accesible sin necesidad de exigencias inadmisibles, o la obligación de contar con la “suficiente disponibilidad de servicios de la red pública”, entre otras, que constituyen varias de las obligaciones jurisprudencialmente impuestas a LA SUPERINTENDENCIA que se busca cubrir por medio de la circular.

Hace énfasis en el acento puesto por la jurisprudencia constitucional en el deber que asiste a todas las autoridades de respetar los precedentes jurisprudenciales, dado su carácter vinculante.

Afirma que de la lectura de la Circular se desprende un seguimiento literal de las disposiciones del Tribunal Constitucional a efectos de garantizar el cumplimiento de sus órdenes y, en últimas, de asegurar la situación de las mujeres titulares del derecho a la IVE después de la sentencia C-355 de 2006. Y agrega que si bien la Corte Constitucional no condicionó su exigibilidad a ninguna reglamentación, fue esta misma entidad quien en pronunciamientos posteriores, en casos concretos, tomó medidas e impartió órdenes directas a las entidades estatales para el cumplimiento efectivo de aquella sentencia de constitucionalidad.

Destaca que en tanto derecho fundamental, frente a la IVE asisten al Estado claras obligaciones de respeto (no vulneración directa o indirecta), protección (frente a actos de terceros) y de garantía (de adopción de medidas para que el ejercicio del derecho sea efectivo). Y resalta el fundamento que tiene este derecho en instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (artículo 12), el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10) o las plataformas de acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (El Cairo, 1994) y la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995); lo mismo que el énfasis que han puesto instancias internacionales como el Comité de Derechos Humanos encargado del monitoreo del cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Comité CEDAW en la necesidad de que los Estados adopten medidas que garanticen su efectividad y reduzcan situaciones nocivas para la salud de las mujeres como abortos clandestinos y otras amenazas para su vida.

Y finaliza señalando que los constantes incumplimientos e irrespetos a este derecho por parte de IPS y EPS han sido la causa de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, que ha impartido órdenes cuyo seguimiento es responsabilidad de LA SUPERINTENDENCIA y de las Secretarías de Salud Departamental, Distrital y Municipales, a cargo de quien también se encuentra investigar y sancionar a estos sujetos por tal proceder, de conformidad con lo previsto por la ley del Sistema de Seguridad Social en Salud.

3.2. Intervención del Centro de Derechos Reproductivos:

La organización Centro de Derechos Reproductivos, por intermedio de dos de sus abogadas presenta escrito de *amicus curiae* con el fin de defender la legalidad del acto acusado⁶¹. En él solicitan que se profiera fallo inhibitorio, porque en su concepto, por tratarse de un acto de servicio y no de un acto administrativo, no se trata de un acto sujeto al control del contencioso administrativo⁶². Con todo, señalan que en todo caso no hay razones que invaliden la Circular No. 003 de 2013, puesto que ella se expidió en cumplimiento de las funciones legales de vigilancia y protección de derechos de los usuarios que asisten a LA SUPERINTENDENCIA, conforme a lo previsto por los artículos 35 literal b) y 39 de la ley 1122 de 2007; y porque su contenido no hace nada distinto a compilar las órdenes que la jurisprudencia constitucional ha impartido a LA SUPERINTENDENCIA desde la expedición de la sentencia C-355 de 2006.

3.3. Intervención del Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad, DEJUSTICIA:

61 FIs. 149-153.

62 FI. 153.

Por medio del escrito presentado por intermedio de su Director y cuatro de sus investigadoras, el Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad, DEJUSTICIA, interviene en el presente proceso con un extenso y detallado documento para coadyuvar la defensa de la legalidad del acto atacado⁶³. En él solicitan desestimar las pretensiones de la demanda y dejar en firme la Circular No. 003 de 2013, por considerar, primero, que ella constituye un típico acto de instrucción propio de la función de vigilancia que le corresponde a LA SUPERINTENDENCIA, y segundo, que ninguno de los cargos de la demanda tiene sustento jurídico.

Dentro del primer grupo de consideraciones DEJUSTICIA subraya los siguientes aspectos del acto atacado:

Resalta que de conformidad con el artículo 39 de la ley 1122 de 2007 LA SUPERINTENDENCIA es titular de un conjunto de atribuciones que buscan facilitar el cumplimiento de su labor de vigilancia, de modo que tiene facultades para “advertir, prevenir, orientar, asistir y propender porque las entidades encargadas del financiamiento, aseguramiento, prestación del servicio de salud, atención al usuario, participación social y demás sujetos de vigilancia (...) cumplan con las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud”⁶⁴.

Señala que de conformidad con los artículos 6.34 y 7.5 del Decreto 2462 de 2013, este organismo tiene dentro de sus funciones “**emitir instrucciones** a los vigilados sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad, fijar criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación”⁶⁵. Y expresa que a partir de la sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional, la IVE es un servicio de salud regulado por la ley 100 de 1993, por lo que el marco normativo del sector salud incluye también lo referente a la IVE. Por este motivo, afirma, es responsabilidad de LA SUPERINTENDENCIA velar por que la normatividad vigente en esta materia (que incluye tanto las leyes de seguridad social en salud y su reglamentación, como la jurisprudencia constitucional emitida) se acate y, consecuentemente, está facultada para emitir instrucciones en relación con su cumplimiento. Y señala que en el caso de la IVE, estas instrucciones no solo son expresión de una habilitación legal general sino de “mandatos concretos

63 Fls. 155-196.

64 Fl. 158.

65 Ídem.

conferidos por la Corte Constitucional⁶⁶, quien mediante distintos pronunciamientos “impartió órdenes específicas a la Superintendencia (...) con el fin de asegurar la protección efectiva del derecho fundamental a la IVE⁶⁷; luego de lo cual efectúa un recuento de las órdenes consignadas en las sentencias T-209 de 2008, T-388 de 2009, T-585 de 2010 y T-841 de 2011.

Indica que en desarrollo de la facultad de instrucción, LA SUPERINTENDENCIA no puede crear nuevas disposiciones normativas, ya que su objeto no es otro que asegurar el cabal cumplimiento de las normas en vigor con el fin de alcanzar la eficacia, solidaridad y universalidad del sistema. Así, destaca que el análisis del contenido de la Circular No. 003 de 2013 permite corroborar que el organismo de vigilancia y control no sobrepasa este ámbito, toda vez que se limita a impartir instrucciones, con base en las normas que lo facultan para hacerlo. En este sentido, remarca que “[a]l comparar las sub reglas jurisprudenciales desarrolladas por la Corte, y que resultan de obligatorio cumplimiento para el Estado y los particulares, con cada uno de los numerales de la Circular, es claro que esta última no pretende reglamentar la sentencia (...). Por el contrario, constituyen simples instrucciones, pues no va más allá del contenido de las sentencias sino aclara que los prestadores de salud deben cumplirlas, y establece las bases para la vigilancia de dicho cumplimiento⁶⁸. Y pasa revista, uno por uno, al nítido fundamento jurisprudencial de cada una de las instrucciones contenidas en la Circular No. 003 de 2013.

Pone de relieve que a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con la potestad reglamentaria, cuyas determinaciones van dirigidas de manera indistinta a sujetos indeterminados, “las instrucciones de la Superintendencia tienen destinatarios claros y deben dirigirse única y específicamente a ellos⁶⁹, a saber: los sujetos vigilados, de acuerdo con lo previsto por el artículo 121 de la ley 1438 de 2011. Y resalta que en el caso de la circular demandada, no hay duda sobre el hecho que sus destinatarios son los sujetos de inspección, vigilancia y control de LA SUPERINTENDENCIA.

Dentro del bloque de consideraciones relacionadas con la refutación de los cargos de la demanda, DEJUSTICIA plantea los siguientes razonamientos:

66 Fl. 167.

67 *Ibidem*.

68 Fls. 171-185.

69 Fl. 161.

Considera, frente al primer cargo, que señalar que LA SUPERINTENDENCIA carece de competencia para expedir el acto atacado “se funda en una mala interpretación del alcance de la circular, en una confusión sobre el alcance de las funciones de la Superintendencia y en el desconocimiento del marco normativo que regula en la actualidad la IVE”⁷⁰. Lo primero, con estimar que “el demandante confunde la función de reglamentar con la impartir instrucciones”⁷¹; lo segundo, porque a su juicio es claro que desde la sentencia C-355 de 2006 el Estado tiene la obligación de garantizar el acceso a la IVE y, por tanto, LA SUPERINTENDENCIA puede y debe impartir instrucciones a sus vigiladas al respecto. Y lo tercero, porque la demanda “desconoce que hay un conjunto amplio de leyes y decisiones constitucionales que regulan la forma como el Estado debe garantizar la IVE y que deben ser obedecidas y acatadas”⁷².

Expone, frente al segundo señalamiento, que afirmar que la Circular No. 003 de 2013 reproduce el Decreto 4444 de 2006 y por lo tanto da lugar a su anulación, resulta impreciso, toda vez que desconoce que a la luz del artículo 237 del CPACA la invalidación de un acto por reproducir el contenido de otro previamente suspendido o anulado exige que no hayan desaparecido las razones que llevaron a la adopción de dicha determinación. Y explica que en el caso del Decreto 4444 de 2006 la sentencia anulatoria se fundó en el ejercicio indebido de la potestad reglamentaria que confiere al Ejecutivo el artículo 189.11 de la Constitución, puesto que no había ley que reglamentar. En este orden, toda vez que en el *sub examine* la Circular No. 003 de 2013 no se expidió en ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno sino de la facultad de impartir instrucciones que legalmente asiste a LA SUPERINTENDENCIA, no puede más que concluirse que “el vicio encontrado en el Decreto 4444 por el Consejo de Estado no sea relevante en el caso objeto de esta demanda pues las facultades que se usan son diferentes y la falta de competencia del Gobierno para reglamentar en un Decreto no tiene la entidad para cuestionar un acto totalmente diferente que está sujeto a otras formalidades”⁷³.

Aduce, respecto de la tercera razón de censura, que plantear que la circular invade competencias del legislador estatutario porque regula los derechos

70 Fl. 187.

71 Ídem.

72 Fl. 188.

73 Fl. 191.

fundamentales a la vida y a la objeción de conciencia, desconoce el verdadero alcance del acto demandado, que tan solo “recoge normas ya existentes en el ordenamiento jurídico y su desarrollo jurisprudencial y las sistematiza para dictar las instrucciones a sus vigilados sobre cómo deben cumplir sus obligaciones al prestar el servicio de salud de IVE”⁷⁴. Y señala que aunque en él se hace referencia a tales derechos, “no cualquier mención a derechos fundamentales es una regulación de los mismos, máxime, si no se ha hecho un análisis detallado de los artículos que sugiera que se está dando un alcance novedosos a los derechos fundamentales”⁷⁵.

Por último, sostiene que aunque no haya una norma expresa que faculte a LA SUPERINTENDENCIA para impartir instrucciones en lo relativo a la IVE, existe una facultad general para efectuar esta clase de actos, por lo cual no se puede hablar, como lo hace la demanda, de una falsa motivación.

3.4. Intervención de la Defensoría del Pueblo:

Mediante escrito presentado por intermedio del Defensor Delegado para Asuntos Constitucionales y Legales, la Defensoría del Pueblo interviene en el presente proceso para coadyuvar la defensa de la legalidad de la circular demandada⁷⁶. En concepto de esta entidad, las pretensiones de la demanda deben ser desestimadas, toda vez que los cargos planteados parten de una premisa falaz: asumir como cierto que la Circular No. 003 de 2013 constituye un ejercicio de regulación o reglamentación adelantado por la Superintendencia Nacional de Salud⁷⁷. La falsedad de este planteamiento, aduce la Defensoría, deriva del hecho de ignorar que el contenido de los derechos a la IVE y a la objeción de conciencia ha sido delimitado por la jurisprudencia constitucional en reiterados pronunciamientos expedidos con posterioridad a la sentencia C-355 de 2006, y a esas normas, plasmadas en las sub reglas fijadas por la Corte Constitucional, es a las que se remite la circular atacada. De aquí que, afirme, no se pueda señalar que la Circular No. 003 de 2013 cumple una función regulatoria de estos derechos, puesto que ella “únicamente materializa una serie de órdenes dadas por las sentencias del máximo tribunal constitucional”⁷⁸.

74 Fl. 193.

75 Fl. 193.

76 Fls. 198-217.

77 Fl. 200.

78 Fl. 206.

En adición a lo anterior, se opone a la fundamentación de los cargos de la demanda con base en las siguientes razones:

Explica que no es de recibo el primer cargo planteado, porque el acto demandado “es una medida de carácter administrativo que fue expedida en el marco de (i) sus funciones de inspección, vigilancia y control y (ii) en estricto cumplimiento de las órdenes de la Corte Constitucional, ante las barreras que impiden el ejercicio del derecho de las mujeres a interrumpir voluntariamente el embarazo en las causales determinadas por la jurisprudencia”⁷⁹. Y realiza un inventario de las órdenes dadas por la Corte Constitucional a LA SUPERINTENDENCIA, atendidas por ésta y recogidas por la Circular No. 003 de 2013. Por ende, concluye, con ella el órgano de vigilancia y control “no está reglamentando los derechos fundamentales como se argumenta en la demanda, sino que está dando cumplimiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en diferentes decisiones”⁸⁰.

Sostiene que el segundo cargo es equivocado, por cuanto las disposiciones de la Circular y el contenido del Decreto 4444 de 2006 no se corresponden literalmente. Añade que su parecido no va más allá de tratar temas relacionados con las medidas que se deben adoptar para impedir la imposición de obstáculos o requisitos adicionales al ejercicio del derecho fundamental a la IVE por parte de las EPS e IPS. Y afirma que además de no tener un contenido afín, respecto de las disposiciones del Decreto citado no existe cosa juzgada material⁸¹, ya que la sentencia que lo invalidó lo hizo no por razones de fondo sino de forma o, más concretamente, de tipo competencial.

Argumenta que el tercer cargo incurre en un error al equiparar las medidas administrativas consignadas en la circular demandada con una regulación de los derechos fundamentales allí señalados. Sostiene que en ningún momento se dan las condiciones señaladas por la jurisprudencia para que una disposición normativa sea tramitada como Ley Estatutaria, pues “no establece los elementos estructurales o básicos del derecho; no se refiere a los contenidos básicos del derecho; no regula o limita aspectos relacionados con el núcleo esencial del derecho, ni se refiere a situaciones específicas del ejercicio del derecho”⁸². Sencillamente, agrega, LA SUPERINTENDENCIA “está dando unas directrices

79 Fl. 207.

80 Fl. 208.

81 Fl. 210. Y alude a los presupuestos fijados en la sentencia C-030 de 2003 de la Corte Constitucional.

82 Ver Fl. 211.

que deben aplicar las instituciones promotoras y prestadoras de los servicios de salud, para que se apliquen correctamente los procedimientos de interrupción voluntaria del embarazo para evitar que las IPS y las EPS, entre otras cosas, impongan trabas administrativas a las mujeres que pretenden acceder a este servicio”⁸³.

Por último, respecto del cuarto cargo considera que no existe una falsa motivación, por cuanto la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional es razón suficiente para expedir y fundamentar la circulación reprochada.

3.5. Fundación Marido y Mujer:

Con posterioridad a la audiencia inicial⁸⁴, la Fundación Marido y Mujer solicitó ser reconocido como *amicus curiae* de la parte actora⁸⁵. Por haber sido radicada esta solicitud de manera extemporánea a la luz de lo previsto al respecto por el artículo 223 del CPACA, que autoriza a cualquier persona para solicitar en un proceso de nulidad simple que se le tenga como coadyuvante del demandante o del demandado desde la admisión de la demanda hasta en la audiencia inicial, tal como se explicó en la audiencia de alegaciones⁸⁶, este escrito se tendrá por no presentado.

3.6. Señor Hernando Salcedo Tamayo:

Con posterioridad a la audiencia inicial⁸⁷, el ciudadano HERNANDO SALCEDO TAMAYO solicitó ser reconocido como *amicus curiae* de la parte actora⁸⁸. Por haber sido radicada esta solicitud de manera extemporánea a la luz de lo previsto al respecto por el artículo 223 del CPACA, que autoriza a cualquier persona para solicitar en un proceso de nulidad simple que se le tenga como coadyuvante del demandante o del demandado desde la admisión de la demanda hasta en la audiencia inicial, tal como se explicó en la audiencia de alegaciones⁸⁹, este escrito se tendrá por no presentado.

3.7. Señor Marcel Tangarife Torres:

83 Fls. 211-212.

84 El 20 de noviembre de 2015.

85 Fls. 282-285.

86 Fls. 373.

87 El 20 de noviembre de 2015.

88 Fls. 292-305.

89 Fls. 373.

Con posterioridad a la audiencia inicial⁹⁰, el ciudadano MARCEL TANGARIFE TORRES solicitó ser reconocido como *amicus curiae* de la parte actora⁹¹. Por haber sido radicada esta solicitud de manera extemporánea a la luz de lo previsto al respecto por el artículo 223 del CPACA, que autoriza a cualquier persona para solicitar en un proceso de nulidad simple que se le tenga como coadyuvante del demandante o del demandado desde la admisión de la demanda hasta en la audiencia inicial, tal como se explicó en la audiencia de alegaciones⁹², este escrito se tendrá por no presentado.

3.7. Organización La Red Familia Colombia:

Con posterioridad a la audiencia inicial⁹³, la organización LA RED FAMILIA COLOMBIA solicitó ser reconocido como *amicus curiae* de la parte actora⁹⁴. Por haber sido radicada esta solicitud de manera extemporánea a la luz de lo previsto al respecto por el artículo 223 del CPACA, que autoriza a cualquier persona para solicitar en un proceso de nulidad simple que se le tenga como coadyuvante del demandante o del demandado desde la admisión de la demanda hasta en la audiencia inicial, tal como se explicó en la audiencia de alegaciones⁹⁵, este escrito se tendrá por no presentado.

IV. AUDIENCIA INICIAL

Por auto de 7 de noviembre de 2014⁹⁶ se citó a audiencia inicial, que se llevó a cabo el día 1 de diciembre del mismo año⁹⁷. En ella se efectuó el reconocimiento de personería jurídica del apoderado de LA SUPERINTENDENCIA, de la representante de LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO y del Centro de Derechos Reproductivos, como coadyuvantes de la parte demandada. Asimismo se reconoció la sustitución de poder presentada por la representante de la parte actora. También se efectuó el reconocimiento del agente del MINISTERIO PÚBLICO, se realizó el saneamiento del proceso y con base en el precedente de 27 de noviembre de 2014, se negó la excepción de acto no sujeto a control

90 El 20 de noviembre de 2015.

91 Fls. 306-307.

92 Fls. 373.

93 El 28 de marzo de 2016.

94 Fls. 345-147.

95 Fls. 373.

96 Fl. 236.

97 Fls. 254-266.

planteada por el Centro de Derechos Reproductivos⁹⁸. Por último, se fijó como objeto del litigio dar respuesta a los siguientes cuestionamientos:

“(...) si el acto acusado es nulo por infracción superior y falta de competencia del Superintendente. Segundo, si se ha reproducido acto acusado por referirse al Decreto 4444 de 2006. Tercero, por falta de competencia del Superintendente para regular el derecho a la vida y a la objeción de conciencia. Y cuarto, falsa motivación”⁹⁹.

Con base en esta consideración se declaró la controversia como de puro derecho, por lo que se prescindió de la audiencia de pruebas y se procedió a correr traslado a las partes para alegar de conclusión. Con todo, el acto fue suspendido a efectos de citar a la audiencia de alegaciones, convocada inicialmente para el día 31 de marzo de 2015¹⁰⁰ y luego para el 2 de junio de 2016¹⁰¹.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En la audiencia de alegaciones celebrada el día 2 de junio de 2016¹⁰² se hicieron presentes y expusieron sus alegaciones la parte actora, la parte demandada, el agente del Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo y Natalia Poveda Rodríguez, Cristina Rosero Arteaga y Mauricio Albarracín Caballero, estos últimos en nombre de las organizaciones La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, Women’s Link Worldwide y Dejusticia, respectivamente. Adicionalmente, y de forma previa a la presentación de las alegaciones, en la audiencia se efectuaron los reconocimientos de personería jurídica que resultaron del caso de acuerdo con los poderes allegados y se negaron por extemporáneas las solicitudes de vinculación como coadyuvantes de la parte demandante presentadas por JAVIER FERNANDO SUÁREZ PASCAGAZA, a nombre propio y en representación de la Fundación Marido y Mujer, HERNANDO SALCEDO TAMAYO, en nombre propio, MARCEL TANGARIFE TÓRRES, en nombre propio, y por ANA MARÍA RAMÍREZ VALDERRAMA, en nombre propio y en representación de la organización Red Familia Colombia, y NEYDI CASILLAS PADRÓN e IRENE ZEGARRA-BALLÓN QUINTANILLA, como consejeras legales de la organización ADF Internacional.

98 En la providencia citada, la Sección Primera del Consejo de Estado varió su jurisprudencia en materia de control de circulares, que condicionaba el control a que el contenido del acto atacado pudiera ser catalogado de acto administrativo, para afirmar que “toda circular administrativa, cualquiera que sea su contenido, es susceptible de control judicial”. Vid. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 27 de noviembre de 2014, Rad. No. 05001 23 33 000 2012 00533 01. C.P. Guillermo Vargas Ayala.

99 Fl. 262-263.

100 Fl. 324.

101 Fl. 335.

102 Fls. 369-376.

Por indicación del Consejero Ponente, las partes que intervinieron en la audiencia presentaron escritos en los que sintetizan su posición respecto de la controversia debatida¹⁰³, en los que, en general, se recogen los argumentos expuestos en los escritos iniciales del proceso y se retoman los razonamientos planteados en la audiencia.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En el escrito presentado¹⁰⁴ el Agente del Ministerio Público se pronuncia sobre los cargos de la demanda y solicita su estimación, por encontrar que la disposición acusada “sí contraría la Constitución Política, por falta de competencia, reproducción de actos administrativos y falsa motivación”¹⁰⁵. Esta postura se fundamenta en los siguientes razonamientos:

- Frente al cargo de falta de competencia:

Explica que la circular demandada fue expedida sin competencia, “toda vez que su objeto desborda todas sus facultades competenciales constitucionales, legales o reglamentarias de la (...) Superintendencia, y más aún por cuanto regula derechos fundamentales, en especial de la objeción de conciencia”¹⁰⁶. Y añade que no es difícil ver que “el objeto de la circular es disponer sobre la interrupción voluntaria del embarazo, prestación que necesariamente se encuentra en tensión con el deber estatal de proteger el derecho a la vida del que está por nacer. Desde tal perspectiva, una regulación sobre la prestación del aborto, necesariamente tendrá por objeto disponer sobre aspectos relacionados con el derechos a la vida”¹⁰⁷.

Resalta que la IVE “no es un derecho, es una excepción a un delito cuando se enmarque en lo dispuesto por la Corte Constitucional en los tres casos en que se despenalizó el tipo penal”¹⁰⁸.

Se aparta del parecer según el cual la circular atacada se limita a la mera reproducción de órdenes impartidas por la Corte Constitucional, pues considera

103 Fls. 429-513.

104 Fls. 378-428.

105 Fl. 428.

106 Fl. 401.

107 Fl. 402.

108 Fl. 418.

que envuelve una “compilación e interpretación de algunas decisiones judiciales de la Corte Constitucional”¹⁰⁹; seguido lo cual LA SUPERINTENDENCIA “adopta una segunda decisión, cual es la de conferir efectos vinculantes generales a las razones que estima como obligatorias en dichas sentencias”¹¹⁰. En su criterio, que la labor desplegada por LA SUPERINTENDENCIA al expedir el acto censurado fue más allá de la simple transcripción de lo resuelto por la Corte Constitucional en su jurisprudencia de tutela se refleja tanto en que implica la selección de qué precedentes gobiernan el asunto en cuestión, como en la disección del contenido de estos para separar lo que constituye su *ratio* de lo que tiene mero valor de *obiter dictum*. Y resalta como de ser la suya una labor de mera transcripción de jurisprudencia, LA SUPERINTENDENCIA debió haber actualizado la Circular No. 003 de 2013 con la doctrina fijada en la sentencia T-532 de 2014, en la que la Corte Constitucional precisó que la viabilidad de la vida extrauterina del feto era una razón suficiente para negar un aborto, incluso en supuestos previstos por la sentencia C-355 de 2006.

Indica que al tener por objeto interpretar e imprimir efectos generales a unas sentencias de tutela de la Corte Constitucional, la circular demandada “es una verdadera reglamentación, toda vez que su efecto es tornar en general, lo que por ministerio de una Ley Estatutaria como la Ley 270 de 1996, fue dispuesto para un caso concreto y con efectos *inter partes*”¹¹¹.

Precisa que según el artículo 48 de la Constitución, la seguridad social es un servicio público que se presta en los términos que señale la ley, y la competencia del Presidente, a voces del artículo 189.22 de la Constitución, es para ejercer la inspección y vigilancia de dicho servicio, pero no para regular derechos fundamentales, como ocurre en el *sub examine*. Resalta que así lo destacó la jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia de 23 de mayo de 2013 (Rad. No. 11001 03 24 000 2012 00017 00) en la que se anularon circulares con contenidos análogos al que ahora se debate, por encontrar que LA SUPERINTENDENCIA carecía de facultades para regular lo relativo a la IVE. Y agrega que “según la competencia regulatoria en materia de derechos fundamentales, la vida y la objeción de conciencia sólo podrían ser desarrollados

109 Fl. 403.

110 Ídem.

111 Fl. 405.

por el legislador estatutario, lo cual hace que el papel del reglamento sea mucho menor”¹¹².

Acota que por no tratarse la circular censurada “de un acto administrativo que obedezca y cumpla una decisión judicial, sino que efectúa una sistematización y reinterpretación de unas sentencias con efectos *inter partes*, debe concluirse que esa labor implica un desbordamiento de competencias”¹¹³.

Subraya que el estudio de la sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional permite concluir que lo señalado por la Circular No. 003 de 2013 en relación con la objeción de conciencia no es más que un *obiter dictum* en dicho fallo, “no solo por cuanto el objeto de la decisión era evaluar la despenalización del aborto y no la obligatoriedad de un servicio de salud, sino también por cuanto dicho tema no fue discutido en Sala Plena”¹¹⁴. Y al no existir ley que regule este asunto, no es algo que pueda ser decidido a través de una circular externa de un órgano de vigilancia y control.

Afirma que “ni en la parte resolutive ni en la parte motiva de la sentencia C-355 de 2006 se determinó el deber del Estado en garantizar la provisión de servicios de salud seguros en esta materia y definir los estándares de calidad que garanticen el acceso oportuno en todo el territorio nacional a los procedimientos de interrupción voluntaria del embarazo”¹¹⁵.

- Frente al cargo de reproducción de acto previamente anulado:

Recuerda que en la sentencia de 13 de marzo de 2013 la Sección Primera del Consejo de Estado declaró la nulidad del Decreto 4444 de 2006 por carecer de una base legal que reglamentar. Y aduce que con base en este pronunciamiento se produjo la posterior anulación, mediante fallo del 23 de mayo de 2013, de las Circulares No. 0058 de 2009 y 003 de 2011, de LA SUPERINTENDENCIA, por haber reproducido el contenido del Decreto 4444 de 2006. Y pone de relieve que “la circular demandada incurre en los mismos vicios por los cuales fue anulado el

112 Fl. 410.

113 Fl. 411.

114 Fl. 412.

115 Fl. 418.

Decreto 4444 de 2006, esto es, el desbordamiento de la potestad reglamentaria”¹¹⁶.

- **Frente al cargo de falsa motivación:**

Sostiene que la sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional no reconoció ningún derecho, ni dispuso que la IVE fuera un servicio obligatorio de salud, tampoco un servicio financiado públicamente, y mucho menos un servicio en virtud del cual es legítimo limitar el derecho a la objeción de conciencia; “simplemente despenalizó una conducta”¹¹⁷. De aquí, alega, que no pueda servir de fundamento al acto acusado. Y explica que aun si se aceptara que la sentencia C-355 de 2006 fue su fundamento, “y no el objeto del acto administrativo demandado, dicha conclusión sería falsa, pues el acto administrativo claramente desborda la sentencia. Ello implica que el sustento del acto administrativo es otro, y no el referido”¹¹⁸.

VII.- DECISIÓN

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el asunto *sub lite*, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

1.- Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 237 de la Constitución Política y con lo previsto en 11, 13, 34, 36, 39 y 49 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, así como de lo ordenado en el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de la Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) y en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 expedido por la Sala Plena de esta Corporación, la Sección Primera del Consejo de Estado es competente para conocer del asunto de la referencia.

2.- Los actos demandados.

116 Fl. 422.

117 Fl. 427.

118 Ídem.

CIRCULAR EXTERNA 3 DE 2013

(abril 26)

Diario Oficial No. 48.776 de 29 de abril de 2013

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Para: Prestadores de servicios de salud, entidades administradoras de planes de beneficios y entidades territoriales.

De: Superintendente Nacional de Salud

Asunto: Por la cual se imparten instrucciones sobre la interrupción voluntaria del embarazo (IVE), en aplicación de la Constitución Política de Colombia, los tratados internacionales y las sentencias de la Corte Constitucional, y se deroga la Circular número 03 de noviembre de 2011.

Fecha: 26 de abril 2013

CONSIDERACIONES:

I. Marco Legal General de las funciones de Inspección, Vigilancia y Control de la Superintendencia Nacional de Salud aplicables al tema de la presente circular

La Superintendencia Nacional de Salud, en ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control, tiene como objetivos, entre otros:

1. “...*(b) Exigir la observancia de los principios y fundamentos del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud; (c) Vigilar el cumplimiento de las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud y promover el mejoramiento integral del mismo; (d) Proteger los derechos de los usuarios, en especial su derecho al aseguramiento y al acceso al servicio de atención en salud, individual y colectiva, en condiciones de disponibilidad accesibilidad, aceptabilidad y estándares de calidad en las fases de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación en salud; (e) Velar porque la prestación de los servicios de salud se realice sin ningún tipo de presión o condicionamiento frente a los profesionales de la medicina y las instituciones prestadoras de salud...*”^[1]

2. Dentro de la función de *inspección* se encuentra la facultad de solicitar, confirmar y analizar de manera puntual la información que se requiera sobre la situación de los servicios de salud y la práctica de investigaciones administrativas^[2].

3. En desarrollo de la función de *vigilancia*, la entidad puede advertir, prevenir y orientar a las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud, para que se cumplan las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud^[3].

4. En relación con la función de *control*, la Superintendencia cuenta con la facultad de ordenar los correctivos tendientes a la superación de situaciones críticas o

irregulares de cualquiera de sus vigilados y sancionar las actuaciones que se aparten del ordenamiento jurídico sea por acción o por omisión^[4].

5. Respecto de la prestación de servicios de atención en salud, el objetivo de la Superintendencia es vigilar que la prestación de los servicios de atención en salud individual y colectiva se haga en condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y estándares de calidad, en las fases de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación.^[5]

6. Son sujetos de inspección, vigilancia y control por parte de la Superintendencia Nacional de Salud (i) las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y Subsidiado, (ii) las Direcciones Territoriales de Salud, (iii) los prestadores de servicios de salud públicos, privados o mixtos, entre otros.^[6]

7. Como consecuencia de las funciones de inspección, vigilancia y control, la Superintendencia tiene la facultad legal de imponer sanciones a través de un procedimiento determinado.^[7]

II. La despenalización parcial del aborto en el derecho colombiano vigente.

El 10 de mayo de 2006, la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-355 de 2006^[8] despenalizó el aborto en las siguientes circunstancias: *“(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”*.

La Corte Constitucional sostuvo que una prohibición genérica y total del aborto, sin considerar situaciones como las tres enunciadas, vulnera los derechos fundamentales de las mujeres, tales como el derecho a la vida, a la salud, al libre desarrollo de la personalidad, a la integridad personal y la autodeterminación reproductiva.^[9]

III. El bloque de constitucionalidad.

El reconocimiento del derecho de las mujeres a interrumpir voluntariamente su embarazo está inmerso en los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de 1991 y en los tratados internacionales de derechos humanos, ratificados por Colombia que integran el “Bloque de Constitucionalidad”, tales como: Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belem do Pará) y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, entre otros^[10].

IV. Órdenes e instrucciones emitidas por la Corte Constitucional a la Superintendencia Nacional de Salud.

La Corte Constitucional, tanto en la Sentencia C-355 de 2006, como en decisiones posteriores, ha emitido órdenes a la Superintendencia Nacional de Salud, que se pueden sintetizar de la siguiente manera:

1. Tomar las determinaciones administrativas necesarias a fin de que se cumpla en todo el territorio nacional lo dispuesto en la Sentencia C-355 de 2006. (Sentencia T-209 de 2008).

2. Adoptar de manera pronta las medidas indispensables con el fin de que las EPS e IPS - independientemente de si son públicas o privadas, laicas o confesionales - cuenten con las personas profesionales de la medicina, y con el personal idóneo y suficiente para atender el servicio de interrupción voluntaria del embarazo (IVE), bajo los supuestos previstos en la Sentencia C-355 de 2006, instándolas a que se abstengan de incurrir en exigencias adicionales inadmisibles. Lo anterior deberá suceder en todos los niveles territoriales con estricta consideración de los requisitos de referencia y contrarreferencia, asegurando, de esta manera, que dentro de las redes públicas de prestadores del servicio de salud en los niveles departamental, distrital y municipal se garantice el servicio de interrupción voluntaria del embarazo bajo las hipótesis establecidas en la Sentencia C-355 de 2006 (Sentencia T-388 de 2009).

3. Adoptar de manera pronta las medidas indispensables con el fin de que las empresas promotoras de salud y las instituciones prestadoras de salud - independientemente de si son públicas o privadas, laicas o confesionales- cuenten con un protocolo integral de diagnóstico rápido, que incluya la valoración del estado de salud mental, para aquéllos eventos en que los y las profesionales de la salud adviertan la posibilidad de que se configure la hipótesis de peligro para la vida o la salud de la mujer, o en los que la gestante alega estar incurso en ella y desea someterse a la IVE. Lo anterior con el objetivo de determinar si se cumple el requisito impuesto en la Sentencia C-355 de 2006 consistente en una certificación médica, y adicionalmente, vigilar el cumplimiento de lo anterior por parte de las EPS e IPS (Sentencia T-585 de 2010).

4. Iniciar acciones tendientes a informar a las Empresas Promotoras de Salud y a las Instituciones Prestadoras de Salud que:

“(i) Deben responder de forma oportuna las solicitudes de IVE y que un término razonable para ello, y para realizar su práctica -de ser médicamente posible- es de cinco (5) días.

(ii) La E.P.S a quien se le solicita la práctica de la IVE con base en una certificación médica de un profesional externo debe proceder, si lo considera necesario desde el punto de vista médico, a refrendarla o refutarla científicamente a través de sus profesionales de la salud, con base en la condición médica particular de la gestante, pero tal trámite debe darse en todo caso dentro de los cinco días que constituyen el plazo razonable para contestar la solicitud de IVE y proceder a la misma. De superarse este término se debe proceder a la IVE con base en el concepto del médico externo.

(iii) Ni la Sentencia C-355 de 2006 ni ninguna norma legal ha fijado límite temporal alguno para la realización de la IVE en los casos despenalizados, por lo que no hay una regla general que impida la IVE después de cierto tiempo de gestación. Esta regla general tampoco puede ser establecida por los jueces ni por ninguna otra autoridad o particular que participe en el sistema de salud. Así, la decisión sobre la realización de la IVE en una etapa de gestación cercana al nacimiento debe ser tomada en cada caso concreto mediante una ponderación de la causal de que se trate, de criterios médicos soportados en la condición física y mental particular de la mujer gestante y, en todo caso, del deseo de la misma. Como toda intervención médica, la práctica de la IVE en estas condiciones debe estar

precedida de un consentimiento idóneo e informado sobre el procedimiento a realizar y sus riesgos y beneficios” (Sentencia T-841 de 2011).

5. En la Sentencia C-355 de 2006, la Corte puntualizó que:

“Para todos los efectos jurídicos, incluyendo la aplicación del principio de favorabilidad, las decisiones adoptadas en esta sentencia tienen vigencia inmediata y el goce de los derechos por estar protegidos no requiere de desarrollo legal o reglamentario alguno. Lo anterior no obsta para que los órganos competentes, si lo consideran conveniente, expidan normas que fijen políticas públicas acordes con esta decisión”^[11].

6. En casos de mujeres con discapacidad, a través de la Sentencia T-988 de 2007^[12] la Corte señaló que:

“...las entidades prestadoras de salud que exijan el cumplimiento de requisitos formales adicionales al denuncia para practicar el aborto inducido en una mujer notoriamente discapacitada - con limitaciones físicas, psíquicas y sensoriales que imposibilitan la exteriorización libre y directa de su consentimiento - la cual ha sido víctima de abuso carnal violento, sin consentimiento o abusivo, incurren en un grave desconocimiento de la protección que se deriva para las personas con discapacidad de la Constitución Nacional así como de lo consignado en el ámbito internacional”.

7. A través de la Sentencia T-209 de 2008^[13], la Corte Constitucional estableció como requisitos para que el aborto no constituya delito y para que un médico pueda abstenerse de practicar un aborto aduciendo objeción de conciencia los siguientes:

“1.- El aborto no constituye delito cuando se solicita voluntariamente por una mujer presentando la denuncia penal debidamente formulada en caso de violación o de inseminación artificial no consentida, transferencia de óvulo fecundado no consentida o incesto, certificado médico de estar en peligro la vida de la madre, o certificado médico de inviabilidad del feto.

2. Los profesionales de la salud en todos los niveles tienen la obligación ética, constitucional y legal de respetar los derechos de las mujeres.

3. Los médicos o el personal administrativo no pueden exigir documentos o requisitos adicionales a los mencionados en el numeral primero, con el fin de abstenerse de practicar o autorizar un procedimiento de IVE.

4. La objeción de conciencia no es un derecho del que son titulares las personas jurídicas.

5. La objeción de conciencia es un derecho que solo es posible reconocer a las personas naturales.

6. La objeción de conciencia debe presentarse de manera individual en un escrito en el que se expongan debidamente los fundamentos.

7. La objeción de conciencia no puede presentarse de manera colectiva.

8. La objeción de conciencia debe fundamentarse en una convicción de carácter religioso.

9. *La objeción de conciencia no puede fundamentarse en la opinión del médico en torno a si está o no de acuerdo con el aborto.*

10. *La objeción de conciencia no puede vulnerar los derechos fundamentales de las mujeres.*

11. *El médico que se abstenga de practicar un aborto con fundamento en la objeción de conciencia tiene la obligación de remitir inmediatamente a la mujer a otro médico que sí pueda llevar a cabo el aborto. Y, en el caso de las IPS, estas deben haber definido previamente cuál es el médico que está habilitado para practicar el procedimiento de IVE.*

12. *Cuando se presenta objeción de conciencia el aborto debe practicarse por otro médico que esté en disposición de llevar a cabo el procedimiento de IVE, 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, o en su defecto por el Ministerio de la Protección Social, conforme a las normas pertinentes.*

13. *El Sistema de Seguridad Social en Salud debe garantizar un número adecuado de proveedores habilitados para prestar los servicios de interrupción del embarazo.*

14. *Las mujeres tienen derecho al acceso real, oportuno y de calidad al Sistema de Seguridad Social en Salud cuando soliciten la interrupción de su embarazo, en todos los grados de complejidad del mismo.*

15. *El Sistema de Seguridad Social en salud no puede imponer barreras administrativas que posterguen innecesariamente la prestación del servicio de IVE.*

16. *El incumplimiento de las anteriores previsiones da lugar a la aplicación de las sanciones previstas en el Sistema General de Seguridad.”*

8. En Sentencia T-946 de 2008^[14], la Corte en relación con una mujer con discapacidad advirtió que:

“...en esa eventualidad la solicitud de interrupción del embarazo puede efectuarla cualquiera de los padres de la mujer que se halle en esta situación u otra persona que actúe en su nombre sin requisitos formales adicionales al denuncia penal por acceso carnal violento o no consentido o abusivo”.

9. A través de la Sentencia T-009 de 2009^[15], la Corte reitera:

“Con todo, de conformidad con la Sentencia C-355 de 2006 es únicamente ella quien tiene la facultad de decidir continuar o interrumpir el embarazo, cuando este representa riesgo para su vida o su salud y un médico así lo ha certificado”.

10. La Corte Constitucional en la Sentencia T-388 de 2009^[16], en cuanto a los Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos precisó:

“Vistas las cosas de la manera descrita hasta este lugar, se concluye lo siguiente:

(i) Las mujeres puestas bajo las hipótesis contenidas en la Sentencia C-355 de 2006 gozan del derecho a decidir libres de presión, coacción, apremio,

manipulación y, en general, cualquier suerte de intervenciones inadmisibles respecto de la interrupción voluntaria de su embarazo. Es este un derecho de las mujeres quienes aún colocadas en los supuestos allí determinados también pueden elegir con libertad llevar a término su embarazo.

(ii) Todas las mujeres deben poder contar con la información suficiente, amplia y adecuada que les permita ejercer a cabalidad y en libertad sus derechos sexuales y reproductivos, lo que incluye, el derecho a estar plenamente enteradas respecto de lo dispuesto en la Sentencia C-355 de 2006 así como en el Decreto número 4444 de diciembre 13 de 2006^[17] “Por el cual se reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva.”

(iii) Los servicios de interrupción del embarazo bajo las hipótesis contempladas en la Sentencia C-355 de 2006 deben estar disponibles en todo el territorio nacional - bajo estricto seguimiento de los postulados de referencia y contrarreferencia - y las mujeres en estado de gravidez han de poder acceder a los mismos en todos los niveles de complejidad que lo requieran.

(iv) Las personas profesionales de la salud y, en general, el personal de salud que atienda la solicitud de las mujeres relativa a la interrupción voluntaria de su embarazo están obligados a ofrecer plena garantía de confidencialidad y, en consecuencia, a respetar el derecho de las mujeres a la intimidad y a la dignidad. Guardar el secreto profesional se convierte en una obligación de primer orden para los prestadores de servicios de salud en relación con este tópico.

(v) Ni las mujeres que optan por interrumpir voluntariamente su embarazo bajo las hipótesis previstas en la sentencia C-355 de 2006, ni quienes atienden su solicitud, pueden ser víctimas de discriminación o de prácticas que limiten de alguna forma o impidan su acceso al lugar de trabajo o a centros educativos o su afiliación al sistema general de salud y riesgos profesionales.

(vi) Los departamentos, distritos y municipios están obligados a asegurar la suficiente disponibilidad de servicios de la red pública con el propósito de garantizarles a las mujeres gestantes el acceso efectivo al servicio de interrupción voluntaria del embarazo en condiciones de calidad y de salubridad.

(vii) Ninguna entidad prestadora de salud - sea pública o privada, confesional o laica - puede negarse a la interrupción voluntaria del embarazo cuando la mujer se encuentra bajo los supuestos establecidos en la Sentencia C-355 de 2006 - cualquiera que sea el tipo de afiliación a la seguridad social que tenga la mujer y con independencia de su condición social, económica, edad, capacidad de pago, orientación sexual o etnia -.

(viii) Está terminantemente prohibido elevar obstáculos, exigencias o barreras adicionales a las establecidas en la referida Sentencia C- 355 para la práctica del aborto en los supuestos allí previstos. Entre las barreras inadmisibles se encuentran, entre otras:

Realizar juntas médicas, de revisión o de aprobación por auditores que ocasionan tiempos de espera injustificados para la práctica del aborto inducido.

Impedir a las niñas menores de 14 años en estado de gravidez exteriorizar libremente su consentimiento para efectuar la interrupción voluntaria del embarazo, cuando sus progenitores o representantes legales no están de acuerdo con dicha interrupción.

Imponer requisitos adicionales, verbigracia, exigir: (a) dictámenes de medicina forense; (b) órdenes judiciales; (c) exámenes de salud que no son practicados de manera oportuna; (d) autorización por parte de familiares, asesores jurídicos, auditores, médicos y pluralidad de galenos.

Alegar objeción de conciencia colectiva que desencadena, a su turno, objeciones de conciencia, institucionales e infundadas.

Suscribir pactos - individuales o conjuntos - para negarse a practicar la interrupción del embarazo.

Acogerse a formatos o plantillas de adhesión que incidan en que las entidades hospitalarias no cuenten en su planta de personal con médicos dispuestos a prestar los servicios de interrupción voluntaria del embarazo, sea por cuanto estos (as) profesionales de la medicina son víctimas de discriminación en el momento en que se efectúa su vinculación laboral o por cuanto, una vez vinculados (as), reciben presiones en el sentido de abstenerse de practicar abortos.

Descalificar conceptos médicos expedidos por psicólogos a quienes Ley 1090 de 2006 les reconoce el status de profesionales de la salud.

Ser reticentes en cumplir a cabalidad con las reglas de referencia y contrarreferencia imprescindibles para atender eventos en los que el servicio médico - en este caso la práctica del aborto inducido - no está disponible en el centro hospitalario al que acude la paciente.

No disponer dentro de algunas redes públicas de prestadores del servicio de salud en los niveles departamental, distrital y municipal del servicio de interrupción voluntaria del embarazo”^[18].

11. Respecto de la objeción de conciencia, la Corte Constitucional, en la mencionada Sentencia T-388, señaló:

“(iii) Sólo el personal médico cuya función implique la participación directa en la intervención conducente a interrumpir el embarazo puede manifestar objeción de conciencia; contrario sensu, esta es una posibilidad inexistente para el personal administrativo, el personal médico que realice únicamente labores preparatorias y el personal médico que participe en la fase de recuperación de la paciente.

(iv) La objeción de conciencia se debe manifestar por escrito y debe contener las razones que impiden al funcionario llevar a cabo la interrupción del embarazo.

(v) En lo relativo a la práctica del aborto inducido, la Corporación mediante la Sentencia C-355 de 2006 destacó la necesidad de asegurar que el ejercicio prima facie admisible de la objeción de conciencia de personas profesionales de la medicina que obran como prestadores directos del servicio, pudiera restringirse cuando su ejercicio trae como consecuencia imponer una carga desproporcionada a las mujeres que colocadas bajo las hipótesis establecidas en la mencionada sentencia optan por la interrupción del embarazo.

(vi) En cuanto es manifestación de íntimas e irrenunciables convicciones morales, filosóficas o religiosas, la objeción de conciencia es un derecho de cuya titularidad se encuentran excluidas las personas jurídicas”^[19].

12. En sentencia T-585 de 2010^[20], la Corte Constitucional sostuvo que:

“...a partir de la sentencia C-355 de 2006, existe en Colombia un derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo en cabeza de las mujeres que se encuentran incursas en las tres hipótesis despenalizadas, derivado del contenido de los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida y a la salud física y mental y que se inscribe en la categoría de los derechos reproductivos”.

13. A través de la Sentencia T-636 de 2011^[21] la Corte advirtió que:

“No corresponde a la EPS censurar las decisiones autónomas de las mujeres sobre su salud y su autonomía sexual y reproductiva sino evaluar, desde el punto de vista de la prestación efectiva del servicio y la garantía del derecho al acceso a la salud, si la IVE es procedente en cada caso concreto, bajo criterios científicos y con observancia plena de la jurisprudencia de esta Corporación”.

14. En Sentencia T-841 de 2011^[22], La Corte Constitucional resaltó que:

“...es claro que la decisión de una mujer de interrumpir voluntariamente su embarazo -en las condiciones de la Sentencia C-355 de 2006- pertenece a la esfera íntima o privada y, en consecuencia, no se trata de un asunto de interés público o general, pues es una decisión que le afecta solamente a ella y por la cual la sociedad no se ve perjudicada. Además, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha citado como ejemplo de aquello que pertenece a la esfera de lo íntimo todo lo que le permite al ser humano desarrollar su personalidad y, en esa medida, la decisión de someterse a una IVE cae en este ámbito. Recuérdese que la Sentencia C-355 de 2006 se basó, entre otros, en el derecho al libre desarrollo de la personalidad para despenalizar el aborto en ciertos eventos. A lo dicho se suma que la decisión de no llevar a término un embarazo pertenece al ámbito de la sexualidad y reproducción, el cual es uno de los más personales del ser humano y ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional como parte integrante de la esfera de lo íntimo”.

15. En la citada Sentencia T-841 la Corte señaló que la decisión sobre la realización de la IVE en una etapa de gestación cercana al nacimiento en ausencia de una norma legal que establezca una restricción de carácter temporal para la IVE en las hipótesis despenalizadas, *“debe ser tomada en cada caso concreto mediante una ponderación de (i) la causal de que se trate, (ii) de criterios médicos soportados en la condición física y mental particular de la mujer gestante y, en todo caso, (iii) del deseo de la misma. Como toda intervención médica, la práctica de la IVE en estas condiciones debe estar precedida de un consentimiento idóneo e informado sobre el procedimiento a realizar y sus riesgos y beneficios”* garantizando siempre el mínimo reconocido en la Sentencia C-355 de 2006.

De acuerdo con las consideraciones anteriores existe un conjunto de obligaciones de respeto y de garantía en cabeza del Estado y de los prestadores y promotores del servicio público de salud que implican el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva en condiciones de igualdad, calidad y oportunidad, con perspectiva de género.

De tal forma que la Superintendencia Nacional de Salud, con base en los mandatos constitucionales que se desprenden de la sentencia de constitucionalidad C-355 de 2006, de las Sentencias de Tutela T-988 de 2007, T-209 de 2008, T-946 de 2008, T-009 de 2009, T-388 de 2009, T-585 de 2010, T-636 de 2011, T-841 de 2011; con base en los mandatos legales de la Ley 100 de

1993, de la Ley 1122 de 2007, de la Ley 1438 de 2011 y del Decreto número 1018 de 2007; y en ejercicio de su función de inspección, vigilancia y control procede a impartir las siguientes:

INSTRUCCIONES:

Primera. IVE. Los Prestadores de Servicios de Salud, las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios, públicos o privados, de carácter laico o confesional y las Entidades Territoriales, están en la obligación de prestar el servicio de interrupción voluntaria del embarazo a mujeres incursas en cualquiera de las causales establecidas en la Sentencia C-355 de 2006, en cumplimiento de los principios de igualdad, universalidad, calidad, seguridad y eficiencia.

Segunda. Medidas administrativas y obstáculos inconstitucionales a la práctica de la IVE. Los Prestadores de Servicios de Salud, las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios, públicos o privados, de carácter laico o confesional y las Entidades Territoriales, tienen prohibido generar obstáculos o exigir requisitos adicionales a los señalados en la Sentencia C-355 de 2006 para prestar servicios de interrupción voluntaria del embarazo, por tal razón deben:

1. Contar con profesionales de la salud sensibilizados en género y capacitados en la prestación de servicios de IVE con el fin de que cumplan con sus obligaciones constitucionales y legales de respetar los derechos de las mujeres.

2. Tomar las medidas conducentes a evitar que el personal médico, asistencial y/o administrativo, exija documentos o requisitos adicionales a los establecidos en la Sentencia C-355 de 2006 para la práctica del procedimiento de IVE. Entre las actuaciones prohibidas, se pueden enunciar las siguientes:

i. Realizar juntas médicas, de revisión o de aprobación por auditores que ocasionan tiempos de espera injustificados para la práctica de la IVE.

ii. Exigir a las adolescentes menores de 14 años en estado de gravidez, el consentimiento de sus representantes legales para acceder a los servicios de IVE.

iii. Exigir, (a) dictámenes de medicina forense; (b) órdenes judiciales; (c) exámenes de salud adicionales (d) autorización por parte de familiares, asesores jurídicos, auditores, médicos y pluralidad de profesionales de la salud.

iv. Alegar objeción de conciencia colectiva e institucional.

v. Suscribir pactos individuales o conjuntos - para negarse a practicar la interrupción del embarazo.

vi. Acogerse a formatos o plantillas de adhesión que incidan en que las entidades hospitalarias no cuenten en su planta de personal con médicos dispuestos a prestar los servicios de IVE.

vii. Descalificar conceptos expedidos por psicólogos a quienes la Ley 1090 de 2006 les reconoce el estatus de profesionales de la salud.

viii. Incumplir con los parámetros del sistema de referencia y contrarreferencia para impedir la práctica de la IVE.

Esta enunciación de medidas o prácticas restrictivas de IVE, no es taxativa. Cualquier otra medida análoga o que conduzca al mismo resultado inconstitucional constituye violación del régimen jurídico vigente.

3. Las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios, las Entidades Territoriales y en general las entidades responsables del pago deben constituir y garantizar el funcionamiento de un sistema de referencia y contrarreferencia que permita contar con un número adecuado de prestadores de servicios de salud habilitados para prestar los servicios de interrupción voluntaria del embarazo.

4. Permitir a las mujeres que accedan a la IVE de manera real, oportuna y efectiva con servicios de calidad dentro del marco del Sistema de Seguridad Social en Salud en todos los niveles de complejidad.

5. Los actores del Sistema de Seguridad Social en Salud no pueden generar barreras administrativas que den lugar a la dilación de la prestación del servicio de IVE.

6. Los entes territoriales deben vigilar que los servicios de IVE estén disponibles en todo el territorio nacional. Los departamentos, distritos y municipios deben contar con una amplia red pública que garantice la prestación del servicio de IVE.

Tercera. Mujeres en condición de discapacidad. Los Prestadores de Servicios de Salud, las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios, públicos o privados, de carácter laico o confesional y las Entidades Territoriales, en casos de mujeres en condición de discapacidad no pueden elevar obstáculos ni exigir requisitos adicionales a los contemplados en la C-355 de 2006 para la prestación del servicio de IVE.

En esa eventualidad la solicitud de la IVE puede efectuarla cualquiera de sus representantes legales u otra persona que actúe en su nombre, sin requisitos formales adicionales al denuncia penal por acceso o acto carnal violento o abusivo.

Cuarta. Objeción de conciencia. Los Prestadores de Servicios de Salud, las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios, públicos o privados, de carácter laico o confesional y las Entidades Territoriales, deben tener presente que la objeción de conciencia para IVE en cuanto manifestación de íntimas e irrenunciables convicciones morales, filosóficas o religiosas, es un derecho personalísimo que solo es posible reconocerlo a las personas naturales, en este caso a los prestadores directos del servicio y no a personal administrativo; por lo tanto, de su titularidad se encuentran excluidas las personas jurídicas. De lo anterior se concluye que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o entidades similares, que tengan legalmente la posibilidad de presentar una objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se cumplan cualquiera de las condiciones señaladas en la Sentencia C-355 de 2006.

Conforme a las precedentes jurisprudenciales expuestos en la parte considerativa se señalarán a continuación los requisitos para ejercer el derecho a objetar en conciencia para la práctica de IVE conforme a la Constitución Política:

1. Debe constar por escrito y presentarse de manera individual en donde se expongan debidamente sus fundamentos, los cuales no pueden basarse en la opinión del médico frente al aborto.

2. No se puede presentar de manera colectiva, ni institucional.
3. La objeción de conciencia no puede vulnerar los derechos fundamentales de las mujeres.
4. Quien la alegue tiene la obligación de remitir a la mujer inmediatamente a otro médico que sí lleve a cabo el procedimiento.
5. Los prestadores de servicios de salud, deben definir previamente los profesionales de la salud que realicen el procedimiento.
6. Los prestadores de servicios de salud deben establecer mecanismos para determinar si la objeción de conciencia es o no procedente conforme con los parámetros establecidos por la profesión médica y demás normas concordantes.

Quinta. Respeto a la autonomía de las mujeres. Los Prestadores de Servicios de Salud, las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios, públicos o privados, de carácter laico o confesional y las Entidades Territoriales, así como todos los profesionales de la Salud, no pueden decidir por la mujer la práctica de la IVE o la continuación del embarazo.

Sexta. Información. Los Prestadores de Servicios de Salud, las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios, públicos o privados, de carácter laico o confesional y las Entidades Territoriales, deben:

1. Brindar a todas las mujeres información, suficiente, amplia y adecuada, así como orientación, apoyo y acompañamiento en relación con las alternativas terapéuticas disponibles en la prestación de servicios de IVE, a fin de facilitar el acceso oportuno y eficiente a dichos servicios y permitir que puedan tomar una decisión informada en ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, lo que incluye, el derecho a estar plenamente informadas respecto al alcance de las sentencias de la Corte Constitucional y de la presente Circular.
2. Informar al Ministerio de Salud y Protección Social acerca de las instituciones, dentro de su red, habilitadas para prestar servicios de IVE de baja, mediana y alta complejidad, que cuentan con profesionales dispuestos a proveer los servicios del IVE.

Séptima. Confidencialidad. Los Prestadores de Servicios de Salud, las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios, públicos o privados, de carácter laico o confesional y las Entidades Territoriales, así como el personal médico asistencial y administrativo que atiende la solicitud de mujeres, para acceder a los servicios de IVE, están obligados a brindar plena confidencialidad y a mantener la reserva legal sobre la información recibida. Es un imperativo constitucional y legal el respetar el derecho de las mujeres a la intimidad y a la dignidad.

En consecuencia, los profesionales de la salud están obligados a mantener el secreto profesional en los términos establecidos por la Ley 23 de 1981 y demás normas concordantes.

Octava. No discriminación. Los Prestadores de Servicios de Salud, las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios, públicos o privados, de carácter laico o confesional y las Entidades Territoriales, no pueden ejercer

prácticas discriminatorias en contra de las mujeres que soliciten la IVE, ni en contra de quienes atienden la solicitud.

Novena. Derecho al diagnóstico. Jurisprudencialmente se ha establecido que *“Toda persona tiene derecho a acceder a las pruebas y exámenes diagnósticos indispensables para determinar si requiere o no un servicio de salud”*^[23]. En virtud de lo expuesto, las mujeres que se encuentren en cualquiera de las causales de la Sentencia C-355 de 2006 y deseen acceder a una IVE, en ejercicio del derecho a la salud, tienen el derecho de obtener de manera oportuna un diagnóstico de su estado de salud, para poder conocer con precisión, cuáles son los procedimientos, tratamientos o medicamentos que requiere.

Por lo anterior, es una obligación de las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios, garantizar el derecho al diagnóstico. Los Prestadores de Servicios de Salud, en aplicación de tal derecho, deben adoptar protocolos de diagnóstico oportuno que permitan determinar si la mujer se encuentra en los supuestos despenalizados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-355 de 2006, y en consecuencia expedir el certificado médico que dé cuenta de las causales: *“(i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer”,* y *(ii) “Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida”*.

Para tales efectos, los prestadores de servicios de salud deben adoptar un protocolo de diagnóstico rápido en el término de 30 días calendario contados a partir de la publicación de la presente Circular (si aún no lo han hecho). Tal protocolo debe ser integral, es decir, incluir una valoración del estado de salud mental de la usuaria. Las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios y las Entidades Territoriales deberán informar a esta Superintendencia, en el informe semestral de Red de Prestadores, sobre el cumplimiento de esta obligación en su respectiva red.

Décima. Prohibición de juicios de valor. Los Prestadores de Servicios de Salud, las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios, públicos o privados, de carácter laico o confesional y las Entidades Territoriales, deben abstenerse de proferir juicios de valor o juicios de responsabilidad penal sobre las mujeres afiliadas a la entidad que soliciten la práctica de la IVE. Sus actuaciones deberán dirigirse exclusivamente a determinar la procedencia o no procedencia de la interrupción del embarazo bajo parámetros científicos y con apego al orden jurídico vigente.^[24]

Décima Primera. Tiempo razonable para practicar la IVE. Los Prestadores de Servicios de Salud, las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios, públicos o privados, de carácter laico o confesional y las Entidades Territoriales, deben responder de forma oportuna las solicitudes de IVE. El término razonable para ello y para realizar su práctica (de ser médicamente posible) es de cinco (5) días, contados a partir de la consulta.

Las Administradoras de Planes de Beneficios y Entidades Territoriales a quienes se les solicita la práctica de la IVE con base en una certificación médica de un profesional externo, deben proceder, si lo consideran necesario desde el punto de vista médico, a ratificarla o refutarla con fundamentos técnico-científicos, a través de cualquiera de los profesionales de la salud pertenecientes a su red de servicios, con base en la condición médica particular de la gestante, pero tal trámite debe darse en todo caso dentro de los cinco días que constituyen el plazo razonable para contestar la solicitud de IVE y proceder a la misma.

De superarse este término, sin que se emita la ratificación o refutación del certificado médico externo, se debe proceder a la realización de la IVE con base en el concepto existente.

Decima Segunda. No existencia de restricción temporal para la IVE. Los Prestadores de Servicios de Salud, las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios, públicos o privados, de carácter laico o confesional y las Entidades Territoriales, deben conocer que en ausencia de una norma legal que establezca una restricción de carácter temporal para la IVE en las hipótesis despenalizadas, se debe garantizar el mínimo reconocido en la Sentencia C-355 de 2006.

No existe una regla general que impida la IVE después de cierto tiempo de gestación, por lo cual no corresponde a ninguna autoridad establecerla. Así, la decisión sobre la realización de la IVE en cada etapa de la gestación debe ser tomada en cada caso concreto mediante una ponderación de (i) la causal de que se trate, (ii) de criterios médicos soportados en la condición física y mental particular de la mujer gestante y, en todo caso, (iii) del deseo de la misma. Como toda intervención médica, la práctica de la IVE en estas condiciones debe estar precedida de un consentimiento idóneo e informado sobre el procedimiento a realizar y sus riesgos y beneficios.

Décima Tercera. Sanciones. La inobservancia e incumplimiento de las instrucciones impartidas en la presente circular, acarrearán la imposición de las sanciones previstas en la Ley, tanto a título personal como institucional, a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud, conforme a lo establecido en la Constitución y la ley, sin perjuicio de las responsabilidades que pueda establecer otro tipo de autoridad.

Décima Cuarta. Inspección, vigilancia y control. En concordancia con lo establecido en los artículos 43 y 176 <sic> numeral 4, de la ley 715 de 2001, las Entidades Territoriales ejercerán la inspección, vigilancia y control de los Prestadores de Servicios de Salud, dentro de su jurisdicción para que verifiquen el cumplimiento de las instrucciones que acá se imparten. La Superintendencia Nacional de Salud ejercerá control sobre las entidades territoriales respecto del cumplimiento de este deber legal.

Décima Quinta. Obligación de cumplimiento. No obstante las instrucciones anteriores, Los Prestadores de Servicios de Salud, las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios, públicos o privados, de carácter laico o confesional y las Entidades Territoriales, tienen la obligación de acatar todos los fallos de la Corte Constitucional y aplicar las reglas sentadas en la Sentencia C-355 de 2006 y en cualquier otra providencia que establezca parámetros respecto de la práctica de la IVE.

Décima Sexta. Derogatoria y Vigencia. La presente circular deroga la Circular 003 de 2011 y demás las circulares e instrucciones que le sean contrarias y rige a partir de su publicación.

Publíquese y cúmplase.

Dada en Bogotá, D.C., a 26 de abril de 2013.

El Superintendente Nacional de Salud,

GUSTAVO ENRIQUE MORALES COBO.

3.- Problema jurídico.

De conformidad con los antecedentes expuestos, corresponde a la Sala resolver los siguientes interrogantes:

- ¿Es nula la Circular No. 003 de 2013 por infringir normas superiores y haberse expedido sin competencia por parte de LA SUPERINTENDENCIA por abordar temas que no han sido objeto de desarrollo legal previo?
- ¿Es nula la Circular No. 003 de 2013 por incurrir en la reproducción de un acto previamente anulado?
- ¿Es nula la Circular No. 003 de 2013 por carecer LA SUPERINTENDENCIA de competencia para regular el derecho a la vida y la objeción de conciencia, toda vez que se trata de asuntos sometidos a reserva de ley?
- ¿Es nula la Circular No. 003 de 2013 por incurrir en falsa motivación?

4.- Análisis del caso.

En orden a resolver los cuestionamientos planteados en el apartado anterior, la Sala estima pertinente examinar en primer lugar lo referente a (4.1) la competencia de LA SUPERINTENDENCIA para expedir la circular atacada a la vista de su contenido; para abordar luego el estudio de los cargos consistentes en (4.2) la supuesta reproducción del Decreto 4444 de 2006 y (4.3) su señalada falsa motivación. Visto lo anterior se procederá a (5) la resolución del caso concreto.

4.1. La competencia de LA SUPERINTENDENCIA para dictar la Circular No. 003 de 2013.

Dos de los reproches al acto atacado efectuados en la demanda se centran en la supuesta falta de competencia de LA SUPERINTENDENCIA para proferir la Circular No. 003 de 2013: el primero de ellos, indica que el ente de control carece de facultades para expedir dicho acto, toda vez que su facultad de impartir instrucciones a los operadores del sector está supeditada a la previa existencia de una legislación y de los correspondientes decretos reglamentarios por parte del Gobierno, no pudiendo nunca obrar por fuera de ese marco; el segundo, aduce el carácter reservado a la ley de los asuntos regulados por la circular atacada (i. e. el derecho a la vida, a la IVE y a la objeción de conciencia), y considera que LA

SUPERINTENDENCIA desbordó sus competencias e invadió la órbita del legislador al haberse pronunciado al respecto en ausencia de normas con rango de ley que le ofrecieran la cobertura necesaria para imponer a sus vigilados las reglas adoptadas por medio de la circular expedida. En definitiva, la Sala estima que para determinar si LA SUPERINTENDENCIA obró o no en el marco de sus facultades resulta imperativo responder en primer lugar a la pregunta de si es legítimo que un órgano de inspección, vigilancia y control imparta a sus vigilados instrucciones sobre la IVE y la objeción de conciencia sin contar para ello con la cobertura legal necesaria (por tratarse de ámbitos reservados por la Constitución a la ley), siempre que tales instrucciones se limiten a recoger las reglas previamente decantadas al respecto por la jurisprudencia constitucional. En segundo lugar, de ser negativa dicha respuesta, la Sala deberá establecer si el solo hecho de haberse apoyado LA SUPERINTENDENCIA en las reglas fijadas por la jurisprudencia determina la invalidez de la circular expedida.

En aras de resolver estas dos incógnitas, se examinarán los siguientes temas: (1) las reservas de ley con que la Constitución amparó los derechos a la vida y a la objeción de conciencia; (2) el alcance de la función de instrucción de LA SUPERINTENDENCIA; (3) la fuerza normativa de la jurisprudencia constitucional en nuestro sistema de fuentes actual; (4) la posibilidad de que existan circulares de instrucción sin una cobertura legal expresa, apoyadas en su lugar en precedentes constitucionales; y, por último, (5) se revisará uno a uno el fundamento de las instrucciones impartidas por el ente de control mediante la Circular No. 003 de 2013.

4.1.1. Los derechos fundamentales a la vida, a la IVE y a la objeción de conciencia como ámbitos constitucionalmente reservados a la ley.

Aun cuando el reconocimiento y consolidación de los textos constitucionales a lo largo del siglo XX determinó de forma extendida la pérdida de protagonismo de la ley en los sistemas jurídicos de tipo continental (y el ordenamiento colombiano no fue la excepción), su importancia para el sistema de fuentes es indiscutible. Así se desprende tanto de la regulación detallada que de esta categoría efectuó el Constituyente (Título VI – Cap. III: “*De las leyes*”), como de las reiteradas alusiones a ella a lo largo de multitud de enunciados constitucionales que remiten a la ley el desarrollo de su régimen (caso del artículo 365 y de los servicios públicos, del Título XI y la autonomía territorial, del artículo 150.7 y la estructura de

la administración pública nacional, del artículo 150.8 y el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia, o de los artículos 150.12 y 338 y los impuestos, para citar tan solo algunos ejemplos), la delimitación de su contenido y alcance (como sucede con prácticamente todos los derechos fundamentales consagrados por la Carta) y de la proclamación de principios como el de legalidad (artículos 6, 121, 122 y 123 de la Constitución), que pone de manifiesto la relevancia de la legislación dentro del sistema jurídico en general y para las actuaciones de la Administración Pública en particular. Con todo, son las reservas de ley la figura que quizás refleja de mejor manera la posición central que la Constitución le ha conferido a esta fuente dentro del sistema normativo. Por esta razón resulta relevante examinar (a) su sentido general, para después detenerse a considerar (b) sus tipos y el alcance de las reservas especiales previstas por la Constitución.

a) Concepto y sentido general de la reserva de ley como institución jurídico constitucional.

Entendidas como “técnica de delimitación de ámbitos materiales a favor de los órganos con competencia constitucional para dictar Leyes”¹¹⁹, o como “institución jurídica, de raigambre constitucional, que protege el principio democrático, al obligar al legislador a regular aquellas materias que el constituyente decidió que fueran desarrolladas en una ley”¹²⁰, no cabe duda que el establecimiento de reservas de ley por la Constitución produce serias implicaciones sobre el sistema de fuentes. Esto, toda vez que por causa de su instauración en un determinado campo “la regulación de dichos ámbitos debe producirse, en primera instancia, mediante Leyes en sentido formal o, en todo caso y con alguna limitación, por normas que, aún emanadas del Gobierno correspondiente, tienen rango y fuerza de Ley”¹²¹. Con ellas, por medio de la exigencia de sometimiento de determinadas decisiones al procedimiento parlamentario y al tamiz del debate público, plural, representativo, participativo y pausado o dilatado en el tiempo que le es inherente, no solo se busca imprimir mínimos de legitimidad y de racionalidad a las normas que rigen sectores cruciales del ordenamiento jurídico; se apunta también a asegurar la materialización de los principios democrático, pluralista y de separación de poderes. Como ha señalado la jurisprudencia constitucional, la definición de una reserva legal “[i]mplica que el Legislador debe adoptar las

119 PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo*, 3ª Edición, Bogotá, Tirant lo Blanch – Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 96.

120 Sentencia C-570 de 1997. Ver también, entre otras, la sentencia C-1191 de 2001.

121 PAREJO ALFONSO, L. *Lecciones de... Op. Cit.*, p. 96.

decisiones que el Constituyente le ha confiado, y que el instrumento a través del cual estas se reglamentan no puede establecer disposiciones que sean propias del ámbito del Legislador”¹²². Por ende, como señala PAREJO ALFONSO, “la reserva de ley constituye, de una parte, un **mandato al legislador de regulación** de una materia y, de otra, una **prohibición [a la Administración] de regulación reglamentaria sin habilitación legal**”¹²³ (negritas del texto).

Lo anterior no significa, naturalmente, que corresponda a la ley agotar todo el ámbito regulatorio de los temas que la Constitución le reservó, ni mucho menos que la reserva excluya o sea incompatible con la colaboración internormativa que ofrece el reglamento a la ley. Impone sí, **un mandato de regulación sustantiva de los aspectos esenciales de la correspondiente materia**. Por ende, una regulación superficial, aparente o apenas formal de estos temas conlleva el desconocimiento de la reserva y la subsecuente inconstitucionalidad de la ley¹²⁴. Como ha sido explicado por la Corte Constitucional al abordar el alcance vertical, densidad o profundidad normativa de las reservas legales, “corresponde al legislador regular directamente el núcleo de las materias reservadas, el objeto propio de la reserva, sin perjuicio de la posterior especificación que, en ciertos supuestos, se deje a la actuación administrativa”¹²⁵.

Así, mientras que en los ámbitos que no fueron reservados por la Constitución a la ley, y que por lo tanto se encuentran cobijadas por la universalidad de la cláusula general de competencia del legislador (artículo 150 de la Constitución), “existe un mayor grado de deferencia con el reglamento para su regulación (...), cuando existe disposición constitucional expresa que prevé la reserva de ley, la competencia del reglamento se restringe significativamente”¹²⁶. En consecuencia,

122 Corte Constitucional, sentencia C-810 de 2014.

123 PAREJO ALFONSO, L. *Lecciones de... Op. Cit.*, p. 98.

124 Véase, p. ej., la sentencia C-675 de 2005.

125 Sentencia C-228 de 2010. En igual sentido, véase la sentencia C-690 de 2003. Al respecto, la literatura especializada ha señalado que “[l]a doctrina de la esencialidad sirve también como criterio para decidir cuál debe ser el contenido mínimo de las regulaciones que la ley ha de incorporar en las materias reservadas. El problema hace referencia no sólo al espacio material que la ley debe ocupar antes de hacer encomienda alguna al reglamento para que complete la regulación, sino también a la importantísima cuestión de definir la medida en que la ley debe enmarcar las decisiones de los demás poderes, predeterminándolas, cuando se trate de aspectos esenciales que incumbe al legislador definir por imponerlo la Constitución. // Si la ley no tiene un contenido regulatorio suficiente y deja una amplia discrecionalidad a la Administración, o un desmesurado arbitrio a los tribunales para que resuelvan lo que estimen procedente, la reserva de ley puede vaciarse del mismo modo que cuando la ley renuncia a cumplir la función que la Constitución le confía remitiendo la regulación de la materia reservada al reglamento, sin haber definido antes los aspectos básicos o esenciales que han de enmarcar la disposición del ejecutivo. // La reserva de ley impone al legislador, por tanto, una densidad regulatoria básica y mínima, que no supone la eliminación total de la discrecionalidad de la Administración (...) o del arbitrio judicial, pero sí el acotamiento esencial del marco en que dichas decisiones han de producirse, de modo que sean más predecibles por los ciudadanos”. Cfr. MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Público General*, T. II, Madrid, Iustel, 2011, p. 894.

126 Corte Constitucional, sentencia C-228 de 2010.

cualquier clase de intervención normativa que se produce en ellos debe contar, por expreso mandato del Constituyente, con una cobertura legal adecuada. Con ello no se persigue otra cosa que **salvaguardar determinados ámbitos de libertad de los ciudadanos mediante la garantía que cualquier regulación que se expida al efecto tendrá como base una decisión previa del Parlamento**, en tanto que representante de la voluntad popular y engranaje fundamental del sistema democrático. Como ha sido resaltado por la Corte Constitucional:

“El principio de reserva de ley como elemento esencial del Estado Social [y Democrático] de Derecho tiene una significación especial en el ámbito de las potestades públicas de regulación de los derechos y libertades ciudadanas. Por tanto, es determinante al momento de establecer el reparto de competencias entre la Ley y el Reglamento, en orden a excluir cualquier restricción de las libertades públicas que no tenga origen en la decisión del legislador como órgano máximo de representación ciudadana. En la medida que el Estado Social [y Democrático] de Derecho se funda en la primacía de libertad y de la igualdad (art.13 C.P.), exige necesariamente que allí donde constitucionalmente sea indispensable introducir limitaciones a su ejercicio, deba mediar la participación del legislador como garante de representatividad y de la existencia de un debate democrático previo que legitime la exigibilidad, universalidad y reciprocidad de toda regla de conducta que restrinja el desarrollo de las libertades ciudadanas”¹²⁷.

Este arreglo institucional previsto por la Constitución consulta integralmente lo dispuesto por el numeral 2º del artículo 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, conforme al cual “[e]n el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, **toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley** con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática” (subrayado y negrilla fuera de texto); precepto aplicable a los derechos a la libertad, la vida y a la libertad de conciencia proclamados por dicho instrumento (artículos 1, 3 y 18 respectivamente). Además, disposiciones como el numeral 1º del artículo 6¹²⁸ y el numeral 3º del artículo 18¹²⁹

127 Sentencia C-1041 de 2007.

128 **Artículo 6.- 1.** El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley.

129 **Artículo 18.- 1.** Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. // **2.-** Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. // **3.- La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley** que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás (subrayado y negrilla fuera de texto).

del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y el numeral 1º del artículo 4¹³⁰ y el numeral 3º del artículo 12¹³¹ de la Convención Americana de Derechos Humanos, establecen y protegen con reservas especiales de ley derechos humanos como la vida y la libertad de conciencia.

En este orden, es indudable que las posiciones jurídicas sobre las que recae el presente debate (a saber: el derecho fundamental a la vida, a la IVE y a la objeción de conciencia) constituyen derechos fundamentales amparados por la Constitución y por el ordenamiento jurídico internacional con reservas de ley, que además de un reparto competencial específico, promueven objetivos sustantivos relevantes para el funcionamiento y la materialización del Estado social y democrático de derecho, como la salvaguarda de los ámbitos de libertad protegidos mediante su defensa frente a injerencias de las autoridades no autorizadas por la ley, así como la optimización del principio democrático.

Por ende, **el respeto a las reservas constituye un aspecto esencial del acatamiento y la actuación de las disposiciones constitucionales**, en especial si se tiene en cuenta que en su virtud: (i) la Constitución ha querido proteger determinados ámbitos de libertad de las personas, confiando las bases de su regulación exclusivamente al legislador; y que de ellas (ii) se deriva tanto un mandato para la ley, como (iii) una restricción a la potestad normativa de la Administración, que debe operar siempre en estos eventos con una cobertura legal adecuada.

b) Tipos de reserva de ley y alcance de las reservas especiales previstas por la Constitución.

Ahora bien, que la Constitución haya protegido ciertos ámbitos del ordenamiento jurídico supeditando su regulación y desarrollo a la previa intervención del legislador no supone que en todos ellos se haya habilitado por igual la competencia de la ley ordinaria. Esto, debido a la previsión por el Constituyente de

130 **Artículo 4.- 1.** Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

131 **Artículo 12. Libertad de Conciencia y de Religión.- 1.** Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. **2.** Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias. **3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley** y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

reservas especiales de ley, esto es, asuntos respecto de los cuales se ha previsto su regulación por vía de una ley especial o no ordinaria, a saber: una ley orgánica o una ley estatutaria. Así, si bien es cierto que la mayoría de reservas legales instituidas por la Constitución remiten a decisiones confiadas a ley ordinaria, esto es, sometidas al procedimiento parlamentario común y a las mayorías simples previstas para esta clase de trámites, no lo es menos que en sus artículos 151 y 152 la Constitución estatuyó dos formas legales especiales, cualificadas por un procedimiento agravado y unas mayorías cualificadas.

De acuerdo con el artículo 151 de la Carta, son sujetas a reserva de ley orgánica las decisiones relacionadas con la regulación de la actividad legislativa en materia de trámite y aprobación de leyes (Ley Orgánica del Congreso); la preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones (Ley Orgánica del Presupuesto); la preparación, aprobación y ejecución del plan nacional de desarrollo (Ley Orgánica del Plan Nacional de Desarrollo); y las relativas a las competencias normativas de las entidades territoriales (Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial). Por su parte, el artículo 152 remite al trámite de ley estatutaria la regulación de (i) los derechos y deberes fundamentales, así como de los procedimientos y recursos para su protección; (ii) la administración de justicia; (iii) la organización y régimen de los partidos y movimientos políticos, el estatuto de la oposición y las funciones electorales; (iv) las instituciones y mecanismos de participación ciudadana; (v) los estados de excepción, y (vi) la igualdad electoral entre candidatos a la Presidencia de la República.

Las leyes estatutarias se caracterizan entonces por sus contenidos cualificados (las materias señaladas por el artículo 152 de la Carta) y su procedimiento agravado (mayoría absoluta en una y otra cámara, tramitación en una sola legislatura y control previo de constitucionalidad, de conformidad con lo previsto por el artículo 153 de la Constitución). La mayoría cualificada no supone una voluntad diferente (de otro órgano), sino **mayor consenso político**; el procedimiento agravado implica una **mayor exigencia de deliberación parlamentaria**; y el control previo y automático conlleva una apuesta por **una mayor estabilidad jurídica**. Suponen además una excepción al principio democrático, que demanda el reconocimiento de la mayoría simple del órgano parlamentario como fundamento básico para la toma de las decisiones legislativas, como vía para posibilitar el ajuste y modificación de las normas a las cambiantes

circunstancias políticas, económicas y sociales que pueden presidir una determinada realidad. Por esto, como ha sido resaltado por la doctrina, la exigencia de una mayoría cualificada prevista constitucionalmente para el trámite de estas leyes “reduce las posibilidades de cambio, limita el libre juego del principio de igualdad de oportunidades, del pluralismo político, que es consustancial a la democracia (...) Con las mayorías cualificadas se dificulta la consecución posterior de mayorías necesarias para que las leyes sean modificadas o derogadas”¹³².

En estas condiciones, dada su condición de derechos fundamentales¹³³, en principio podría afirmarse que la regulación del derecho a la vida, a la objeción de conciencia y a la interrupción voluntaria del embarazo debe someterse a la reserva de ley estatutaria prevista por el artículo 152 de la Constitución. No obstante, tal apreciación supondría dejar de lado la profusa y reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con **el alcance excepcional y restrictivo con que debe interpretarse la cláusula de reserva de ley en materia de derechos fundamentales**, so pena de conducir a “un vaciamiento de las competencias de legislador ordinario y a que se produzca el fenómeno que ha sido denominado en el derecho comparado como la “congelación del rango”¹³⁴”¹³⁵; supuestos contrarios al principio democrático y al criterio de la mayoría simple como fundamento de la toma de decisiones parlamentarias. Por ende, como ha destacado la jurisprudencia constitucional, “las leyes estatutarias no pueden encargarse de desarrollar en forma exhaustiva todos los aspectos que de una forma u otra se relacionen con un derecho fundamental, ni tampoco, por otra parte, toda ley o norma que se refiera a alguno de los derechos fundamentales ha de considerarse como estatutaria”¹³⁶. Esto, debido a que estas leyes “[n]o fueron creadas dentro

132 SIERRA PORTO, Humberto. *Concepto y tipos de ley en la Constitución Colombiana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 292.

133 Aunque ni la Constitución ni los tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad han positivizado el derecho fundamental a la IVE, la jurisprudencia constitucional, en desarrollo de la cláusula de apertura al reconocimiento de derechos fundamentales innominados contenida en el artículo 94 de la Carta, no ha dudado en darle tal calificativo a la vista de su conexión directa con los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha sido concordante en señalar que “a partir de la sentencia C-355 de 2006, existe en Colombia un derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo en cabeza de las mujeres que se encuentran incursas en [alguna de] las tres hipótesis despenalizadas, derivado del contenido de los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la salud física y mental y que se inscribe en la categoría de los derechos reproductivos”. *Vid.* Corte Constitucional, sentencia T-585 de 2010, FJ 23. En el mismo sentido, véase las sentencias T-301 de 2016, FFJJ 103-116; T-841 de 2011, FJ 17; también la sentencia T-209 de 2008, FJ 3.7.

134 Corte Constitucional, sentencia C-307 de 2004.

135 Corte Constitucional, sentencia C-319 de 2006.

136 Corte Constitucional, sentencia C-381 de 1995.

del ordenamiento con el fin de regular en forma exhaustiva y casuística todo evento ligado a los derechos fundamentales”¹³⁷.

De aquí que, como lo resaltó la Sala en sentencia de 18 de febrero de 2016¹³⁸, la determinación de cuál es el alcance concreto de la reserva de ley estatutaria debe interpretarse en sentido restrictivo y darse de conformidad con los criterios establecidos al efecto por la Corte Constitucional. En la sentencia C-818 de 2011, al declarar la inexecutable de las normas del CPACA que regulaban de manera estructural, detallada e integral el derecho de petición, la Corte Constitucional hizo un recuento de los principales criterios relevantes para determinar cuándo un asunto referido a los derechos fundamentales y su garantía requiere el trámite de ley estatutaria. Esto, habida cuenta que no cualquier decisión atinente a esta materia, de suyo expansiva e indeterminada, puede sujetarse a las reglas más exigentes de la legislación estatutaria. **Por sus implicaciones sobre el principio democrático y el funcionamiento de las competencias parlamentarias la reserva de ley estatutaria no se puede generalizar o interpretar de manera extensiva.** Según expresó en aquella ocasión el Supremo Tribunal de lo Constitucional, la delimitación del ámbito de la reserva especial de ley estatutaria puede llevarse a cabo a partir de los siguientes criterios:

*“El **primero** de ellos, puede denominarse como el **criterio de la integralidad**. En estos términos, la exigencia de ley estatutaria sólo se aplica a la regulación que tenga la pretensión de ser integral, completa y sistemática, que se haga de los derechos fundamentales. Este criterio fue expuesto en la Sentencia C-425 de 1994 y reiterado por pronunciamientos posteriores. Sobre el particular se dijo: <la Constitución Política de 1991 introdujo la modalidad de las leyes estatutarias para regular algunas materias respecto de las cuales quiso el Constituyente dar cabida al establecimiento de conjuntos normativos armónicos e integrales, caracterizados por una mayor estabilidad que la de las leyes ordinarias, por un nivel superior respecto de éstas, por una más exigente tramitación y por la certeza inicial y plena acerca de su constitucionalidad>” (Subrayas fuera del original).*

*Un **segundo criterio** de interpretación restringida señala que debe tramitarse por Ley Estatutaria, aquellas iniciativas cuyo **objeto directo** sea desarrollar el régimen de los derechos fundamentales o de alguno de ellos en particular. En efecto, sobre este asunto, en la Sentencia C-013 de 1993, la Corte se expresó así: <las leyes estatutarias sobre derechos fundamentales tienen por objeto desarrollarlos y complementarlos.>*

137 Corte Constitucional, sentencia C-013 de 1993.

138 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 18 de febrero de 2016, Rad. No. 11001-0324-000-2013-00018-01 y 11001-0324-000-2013-00397-00. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

Así las cosas, si la reserva de ley estatutaria opera sólo para aquellas leyes cuyo objeto directo es desarrollar la regulación de los derechos fundamentales, en sentido contrario debe entenderse que “si el objeto de la ley es regular materias relacionadas con un derecho fundamental, pero no el derecho fundamental en sí mismo, el trámite de ley estatutaria no es requerido”.

*Un **tercer criterio** de interpretación restringida al que ha acudido la Corte para interpretar el artículo 152 de la Constitución ha sido el referente a que <solamente se requiere de este trámite especial cuando la ley regula **de manera integral un mecanismo de protección de derechos fundamentales**, siempre que se trate de un mecanismo constitucional necesario e indispensable para la defensa y protección de un derecho fundamental. (Subrayas fuera del original)>.*

*Finalmente, y como **cuarto** criterio se encuentra la **afectación o desarrollo de los elementos estructurales de un derecho fundamental**. Como se ha indicado la reserva de ley estatutaria no se predica de la regulación de <todo evento ligado a los derechos fundamentales> sino <solamente los elementos estructurales esenciales de los derechos fundamentales>, de modo que las leyes estatutarias no deben regular en detalle cada variante o cada manifestación de dichos derechos o todos aquellos aspectos que tengan que ver con su ejercicio. En este sentido, al Corte afirmó lo siguiente en la sentencia C-145 de 1994: <(…) la competencia legislativa ordinaria está directamente habilitada por la Carta para regular derechos fundamentales y si no se presentara tal evento, la mencionada competencia ordinaria se transformaría en exceptiva, ya que directa o indirectamente gran parte de las leyes tocan algún o algunos derechos fundamentales. En materia de derechos fundamentales debe efectuarse ‘una interpretación restrictiva de la reserva de ley estatutaria porque una interpretación extensiva convertiría la excepción -las leyes estatutarias basadas en mayorías cualificadas y procedimientos más rígidos- en regla, en detrimento del principio de mayoría simple que es el consagrado por la Constitución’. Esto significa que las leyes estatutarias 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 todos aquellos aspectos que tengan que ver con su ejercicio, porque ello conduciría a una petrificación del ordenamiento jurídico>”¹³⁹.*

Además, la Corte Constitucional señaló que “cuando el legislador regula de manera **integral, estructural y completa**¹⁴⁰ un derecho fundamental, requiriendo para una ello el trámite consagrado en el artículo 153 Constitucional, **la pretensión de integralidad y exhaustividad debe referirse a los elementos estructurales del derecho**, es decir, en concordancia con lo expresado previamente, **(i)** a las prerrogativas que se derivan del derecho y que se convierten en obligaciones para los sujetos pasivos, **(ii)** a los principios que guían su ejercicio

139 Corte Constitucional, sentencia C-818 de 2011.

140 Ver las sentencias C-646 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-319 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

–cuando haya lugar, y (iii) a las excepciones a su régimen de protección y otras limitaciones de orden general^{141»142}.

Por ende, que un determinado asunto trate o se relacione con un derecho fundamental no supone automáticamente ni *per se* que toda su regulación deba estar contenida o dimanar de una ley estatutaria. Tal exigencia resultaría irrazonable y antidemocrática. Por lo tanto, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, **dicho requerimiento solo surge allí donde se emprenda una regulación integral, estructural y completa de un derecho fundamental, que desarrolle sus aspectos nucleares**. En estas condiciones, que eventualmente se definan algunos aspectos del régimen jurídico de un derecho fundamental sin tales características (esto es, de una manera no integral, estructural ni completa) supone que dicha reglamentación no debe sujetarse a la reserva legal especial prevista por el artículo 152 Superior, sin que ello implique que se diluya la reserva legal. En todo caso la materia seguirá estando sometida a reserva de ley ordinaria, por lo que no podrá haber reglamentos que se ocupen de puntualizar o desarrollar aspectos de dicho régimen sin contar con una cobertura legal adecuada. De este modo se asegura que el mecanismo de protección instituido por la Constitución frente a intervenciones administrativas en ámbitos protegidos (i. e. la reserva) se preserve, pero se armoniza dicha tutela con las exigencias de funcionamiento de una democracia dinámica y plural. En últimas, como ha explicado la jurisprudencia constitucional, “la competencia legislativa ordinaria está directamente habilitada por la Carta para regular derechos fundamentales y si no se presentara tal evento, la mencionada competencia ordinaria se transformaría en exceptiva, ya que directa o indirectamente gran parte de las leyes tocan algún o algunos derechos fundamentales”¹⁴³.

4.1.2. El alcance de la función de instrucción de la Superintendencia Nacional de Salud.

Según lo previsto por el numeral 22 del artículo 189 de la Constitución, corresponde al Presidente de la República ejercer la inspección y vigilancia sobre los servicios públicos. Habitualmente ejercida a través de las superintendencias¹⁴⁴,

141 Las limitaciones generales son diferentes a las que surgen en el caso concreto a partir de ejercicios de ponderación cuando existe colisión entre derechos o entre derechos y otros principios constitucionales, y que en consecuencia solamente son aplicables al caso específico.

142 Corte Constitucional, sentencia C-818 de 2011.

143 Corte Constitucional, sentencia C-226 de 1994.

144 Cfr. los artículos 66 y 82 de la ley 489 de 1998.

la de inspección, vigilancia y control constituye en la actualidad una función esencial en cabeza del Ejecutivo, tanto por la relevancia del objeto como por la trascendencia de la misión encomendada. En cuanto a lo primero, no cabe duda que dado el carácter de elementos inherentes a la finalidad social del Estado que la Constitución asigna a los servicios públicos (artículo 365), la inspección, vigilancia y control de este ámbito resulta crucial para la realización de los postulados del Estado social de Derecho. En él se engloban actividades capitales para el bienestar de la comunidad y la materialización de los derechos fundamentales individuales como los servicios públicos domiciliarios (acueducto, alcantarillado, aseo energía y gas), el transporte, la educación y la salud. Frente a este último campo, a la vista de su relevancia social, el artículo 49 constitucional de manera expresa confió al Estado la definición de las políticas para la prestación del servicio por entidades privadas y el ejercicio de su vigilancia y control. Este dato final hace ostensible la importancia de la misión encomendada al Ejecutivo por estas disposiciones: en virtud de esta función, le corresponde al Presidente y a sus agentes velar por el estricto cumplimiento de la normatividad que regula la actividad, como forma de proteger tanto a los usuarios de los servicios, como a sus operadores y al sector mismo. La opción por hacer de éste un mercado en competencia regulado por el Estado impone que así sea.

En un escenario de ruptura del monopolio público y de apertura a la prestación de los servicios públicos por actores particulares como el sancionado por los artículos 49 y 365 de la Constitución y por leyes como la ley 100 de 1993 o la ley 142 de 1994, la función de inspección, vigilancia y control resulta primordial. Ella se constituye en un mecanismo esencial para cumplir con la responsabilidad que en materia de servicios públicos la Constitución confía al Estado de “asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional” (artículo 365 párr. 1 frase 2 de la Constitución), en general, y de garantizar a todas las personas “el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud” (artículo 49 párr.1 frase 2 de la Constitución), en particular. Tal es su importancia, que el literal e) del artículo 5º de la Ley Estatutaria del Derecho a la Salud (ley 1571 de 2015) establece como una de las principales obligaciones del Estado de cara a asegurar la efectividad de este derecho fundamental, la de “[e]jercer una adecuada inspección, vigilancia y control mediante un órgano y/o las entidades especializadas que se determinen para el efecto”.

La función de inspección, vigilancia y control, como ha sido destacado por la jurisprudencia constitucional, implica, por un lado, “verificar que el sujeto, entidad u órgano controlado en relación con determinadas materias u ámbitos jurídicos se ajuste a la ley”¹⁴⁵; y por otro, “la toma y adopción de medidas correctivas y coercitivas con el fin de lograr que unos determinados sujetos en una determinada materia cumplan la ley”¹⁴⁶.

Se trata, pues, de una responsabilidad cardinal dentro del engranaje del Estado garante y cooperativo perfilado por la Constitución y establecido por la ley materia de servicios públicos. De aquí que corresponda efectuar una mirada particular al sentido y alcance de las facultades de inspección específicamente encomendadas a la Superintendencia Nacional de Salud (a), para luego examinar si existe o no fundamento para dictar una circular instructiva en relación con la IVE (b).

a) El sentido y alcance de las facultades de instrucción de LA SUPERINTENDENCIA:

De acuerdo con la definición efectuada por el artículo 35 de la ley 1122 de 2007, en materia de salud las responsabilidades de inspección, vigilancia y control a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud deben ser entendidas de la siguiente manera:

A. Inspección: *La inspección, es el conjunto de actividades y acciones encaminadas al seguimiento, monitoreo y evaluación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y que sirven para solicitar, confirmar y analizar de manera puntual la información que se requiera sobre la situación de los servicios de salud y sus recursos, sobre la situación jurídica, financiera, técnica-científica, administrativa y económica de las entidades sometidas a vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud dentro del ámbito de su competencia. // Son funciones de inspección entre otras las visitas, la revisión de documentos, el seguimiento de peticiones de interés general o particular y la práctica de investigaciones administrativas.*

B. Vigilancia: *La vigilancia, consiste en la atribución de la Superintendencia Nacional de Salud para advertir, prevenir, orientar, asistir y propender porque las entidades encargadas del financiamiento, aseguramiento, prestación del servicio de salud, atención al usuario, participación social y demás sujetos de vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud, cumplan con las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud para el desarrollo de este.*

145 Corte Constitucional, sentencia C-782 de 2007.

146 Ídem.

C. Control: *El control consiste en la atribución de la Superintendencia Nacional de Salud para ordenar los correctivos tendientes a la superación de la situación crítica o irregular (jurídica, financiera, económica, técnica, científico-administrativa) de cualquiera de sus vigilados y sancionar las actuaciones que se aparten del ordenamiento legal bien sea por acción o por omisión.*

Como se puede apreciar, en virtud de cada una de estas responsabilidades la ley confía a LA SUPERINTENDENCIA un conjunto de atribuciones encaminadas a facilitar el cumplimiento de sus fines constitucionales y legales. Así, destaca la Sala que en desarrollo de sus funciones de vigilancia este órgano puede “advertir, prevenir, **orientar**, asistir y **propender** porque **las entidades encargadas del financiamiento, aseguramiento, prestación del servicio de salud, atención al usuario**, participación social y demás sujetos de vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud, **cumplan con las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud** para el desarrollo de este” (literal B del artículo 35 de la ley 1122 de 2008, negrillas y subrayado fuera de texto).

Por ende, no cabe duda que en aras de cumplir con su papel de órgano de vigilancia, LA SUPERINTENDENCIA cuenta con la facultad de impartir instrucciones a los sujetos vigilados, como una forma anticipativa (*ex ante* o no reactiva) esencial para asegurar el cumplimiento de sus objetivos. De lo que se trata, como ha explicado la jurisprudencia de esta Corporación, es de “instruir a los destinatarios de su vigilancia y control sobre la forma de ejecutar de la mejor manera posible las normas que regulan sus actividades, y respecto de ciertos requisitos que ellos deben cumplir en aras de facilitar las labores de verificación y encauzamiento de las actividades, que son necesarias para la efectiva vigilancia y control a cargo de dichas entidades”¹⁴⁷.

En este orden, de cara a ofrecer mejores condiciones para el cumplimiento de las normas constitucionales y legales que reglamentan el Sistema General de Seguridad Social en Salud (en adelante SGSSS), el numeral 4º del artículo 6 del Decreto 2462 de 2013, norma que modificó la estructura de LA SUPERINTENDENCIA, le reconoció expresamente la facultad de “[e]mitir instrucciones a los sujetos vigilados sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones normativas que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y

147 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 8 de marzo de 2007, Rad. No. 11001-03-26-000-1998-00017-00(15071). C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación”.

Las instrucciones que imparte LA SUPERINTENDENCIA en ejercicio de esta atribución resultan tan relevantes dentro del funcionamiento del SGSSS, que su incumplimiento, al igual que el de la normatividad vigente sobre la prestación del servicio de salud, constituye una infracción administrativa merecedora de la sanción establecida en la ley (artículo 130.7 de la ley 1438 de 2011¹⁴⁸).

Por ende, aunque en estricto sentido y desde una perspectiva formal se podría decir que tales instrucciones no constituyen parte de esa normatividad (de acuerdo con el Diccionario de la RAE instruir es “[d]ar a conocer a alguien el estado de algo, informarle de ello, o comunicarle avisos o reglas de conducta”¹⁴⁹), desde una óptica material es visible que tales orientaciones o preceptos, al precisar detalles sobre la forma como se debe cumplir de manera general la normatividad aplicable y estar revestidos de la coercibilidad que le imprime la amenaza de sanción de su incumplimiento, **poseen un claro tinte normativo**¹⁵⁰. Por lo tanto, no hay duda que aunque el enunciado

148 **Artículo 130. Conductas que vulneran el Sistema General de Seguridad Social en Salud y el derecho a la salud.** La Superintendencia Nacional de Salud, impondrá multas en las cuantías señaladas en la presente ley o revocará la licencia de funcionamiento, si a ello hubiere lugar, a las personas naturales y jurídicas que se encuentren dentro del ámbito de su vigilancia, así como a título personal a los representantes legales de las entidades públicas y privadas, directores o secretarios de salud o quien haga sus veces, jefes de presupuesto, tesoreros y demás funcionarios responsables de la administración y manejo de los recursos del sector salud en las entidades territoriales, funcionarios y empleados del sector público y privado de las entidades vigiladas por dicha Superintendencia, cuando violen las disposiciones del Sistema General de Seguridad Social en Salud, entre otras, por incurrir en las siguientes conductas:

(...)

130.7 Incumplir las instrucciones y órdenes impartidas por la Superintendencia, así como por la violación de la normatividad vigente sobre la prestación del servicio público de salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

149 <http://dle.rae.es/?id=Lo2KGeF>

150 Sobre el sentido normativo de la facultad de instruir o dictar instrucciones, véase la sentencia C-917 de 2002 de la Corte Constitucional. En ella se examina la validez de una disposición de la ley 640 de 2001 que reconoció al Ministerio de Justicia competencia de inspección, vigilancia y control sobre los conciliadores y los centros de conciliación y arbitraje, y en paralelo, la potestad de instruirlos sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulen su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación. El cargo era la presunta vulneración del principio de reserva legal en materia de administración de justicia e implicaba determinar, entonces, si tal atribución era legítima o si era apenas un reconocimiento a la potestad normativa de que son titulares los ministerios. Según lo explicado por la Corte en dicha ocasión, “cualquier reglamentación que tienda a instruir sobre la forma en que habrán de ejercer su actividad, es una reglamentación que afecta el funcionamiento de la administración de justicia y, por tanto, que debe reservarse al Consejo Superior de la Judicatura como entidad encargada por la Constitución de hacerlo. // Cuando la disposición acusada advierte que el Ministerio de Justicia y del Derecho, en ejercicio de sus funciones de control y vigilancia, puede instruir a los conciliadores acerca de la forma en que éstos deben administrar justicia, no sólo invade la órbita exclusiva de reglamentación que le confiere la Constitución Política al Consejo Superior de la Judicatura (Art. 257-3), sino que también propicia la intromisión de la Rama Ejecutiva en labores propias de la Judicial, la cual tiene garantizada, por vía constitucional, la independencia de sus decisiones y la autonomía de su funcionamiento (Art. 228 C.P.). // En estas condiciones, la norma también resulta inexecutable por violación del artículo 113 de la Constitución Política, el cual dispone la separación de funciones de los órganos del Estado, pues a pesar de que la propia norma consagra la colaboración armónica de los mismos es evidente que el legislador no puede conferir a un organismo funciones que la Constitución le ha otorgado a otro”. Por ende declaró inexecutable dicha facultad.

del artículo 130.7 de la ley 1438 de 2011 separe la normativa del SGSSS de las circulares de instrucción, **en un sentido material forman parte de ese bloque normativo**, y son expresión del poder normador que la Constitución ha otorgado a la Administración en aras de facilitar y promover el cumplimiento de sus responsabilidades (artículos 122 y 123). En últimas, como ha señalado la jurisprudencia de esta Sala, “[e]l Presidente de la República es, ciertamente, el titular constitucional de la potestad reglamentaria, pero ello no quiere decir que dentro de su ámbito de competencia y nivel de subordinación jerárquica y normativa, las demás autoridades administrativas no pueda adoptar medidas de carácter general a fin cumplir o hacer cumplir las disposiciones superiores relativas a los asuntos a su cargo, de donde, como titulares de autoridad administrativa, están investidas de las facultades o potestades propias de la administración, dentro de las cuales está justamente la reglamentaria. De allí que los actos administrativos generales pueden emanar de cualquier autoridad administrativa, en lo que concierna a los asuntos a su cargo. En consecuencia, la adopción de la medida acusada no implica, por su alcance reglamentario, usurpación de la correspondiente potestad presidencial”¹⁵¹.

En este orden, circulares como la *sub examine* son una modalidad de reglamento¹⁵². En su valor normativo, derivado del carácter general y abstracto de las reglas que impone, radica la principal diferencia entre las circulares instructivas, como la que se analiza, y las denominadas circulares de información, por medio de las cuales se transmite un determinado mensaje con un propósito puramente informativo, sin que esté de por medio coacción alguna ni se imponga un contenido normativo específico a sus destinatarios.

Ahora bien, aun cuando las instrucciones impartidas puedan llegar a formar parte de dicho bloque normativo es preciso advertir que esta facultad es distinta de la potestad reglamentaria que el artículo 189.11 de la Constitución otorga al Presidente de la República con el fin de asegurar la cumplida ejecución de las leyes. En efecto, ello es así no solo por estar reservada al Gobierno dicha facultad

151 Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 24 de agosto de 2000, Rad. No. 6096. C.P.: Juan Alberto Polo Figueroa.

152 De acuerdo con lo señalado por la jurisprudencia de esta Corporación, “la voz *reglamento* hace alusión al conjunto *normativo* generador o regulador de situaciones jurídicas generales, impersonales o abstractas, proferido por aquellos órganos del Estado que no ejercen, desde el punto de vista formal, la función legislativa, sino que, por el contrario, constitucionalmente tienen asignado, primordialmente, el ejercicio de funciones administrativas”. Cfr. Sección Tercera, sentencia de 14 de agosto de 2008, Rad. No. 11001 03 26 000 1999 00012 01 (16230). C.P. Mauricio Fajardo Gómez. En sentido análogo, DE OTTO sostiene que esta fuente comprende “las normas jurídicas dictadas por la Administración o, más en general, por órganos del Estado o del poder público que no ostentan la potestad legislativa”. Vid. DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, 7º reimpresión de la segunda edición, Ariel, Barcelona, 1999, p. 214.

y pertenecerle al Presidente de manera inalienable, inagotable e indelegable, sino también por su propósito fundamental. Esto, ya que como fue puesto de relieve por esta Sala de Decisión en sentencia del 19 de marzo de 2009, su cometido no es puntualizar o detallar aspectos necesitados de precisión para asegurar la cabal ejecución de la ley; “las instrucciones que puede impartir la Superintendencia Nacional de Salud a los entes vigilados, deben inspirarse necesariamente en el propósito de garantizar el estricto cumplimiento de las normas que [en conjunto] regulan el funcionamiento del Sistema Nacional de Salud, lo cual comporta la restricción de proferir regulaciones o reglamentaciones que las modifique, exceda, desborde o contraríe, configurándose un vicio insalvable que estaría llamado a comprometer la legalidad del acto administrativo contentivo de tales determinaciones”¹⁵³.

En consecuencia, si bien es cierto que resulta legítimo que LA SUPERINTENDENCIA, al impartir instrucciones de manera general y abstracta sobre la forma como se debe acatar la normatividad que rige el sector, en ejercicio de su facultad de instrucción tome parte dentro del proceso de construcción escalonada del sistema normativo cuya vigilancia y control está a su cargo, no lo es menos que habida consideración de sus restricciones competenciales no puede usurpar competencias de otros órganos (como el Presidente, el Gobierno o el Parlamento), obrar por fuera de sus facultades, ni desconocer la estructura jerárquica sobre la que reposa la construcción del sistema normativo concebido por la Constitución¹⁵⁴. Lo anterior, lógicamente, sin perjuicio del carácter jurídico vinculante de las disposiciones constitucionales (en especial las de derechos fundamentales), conforme a lo previsto por el artículo 4º de la Carta; y sin perder de vista tampoco que la estructura de las normas constitucionales (reglas o principios) no es un dato accesorio al momento de su aplicación, que la Constitución debe ser interpretada como un todo (sin fraccionar ni escindir su parte dogmática de su parte orgánica, pues se encuentran en permanente interrelación y conforman una unidad) y que aun cuando es indiscutible a día de hoy el carácter de fuente de la jurisprudencia constitucional, también lo es que la vinculatoriedad de las reglas que ella sienta (*rectius* precedentes) poseen una fuerza vinculante peculiar y relativa. Al análisis de este último punto pasa la Sala a continuación.

153 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 19 de marzo de 2009, Rad. No. 11001-03-25-000-2005-00285-00. C.P.: Rafael Ostau de Lafont Pianeta. También desataca esta diferencia la sentencia del 8 de marzo de 2007, de la Sección Tercera de esta Corporación, citada *ut supra*.

154 Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2000.

b) El fundamento de la circular instructiva en relación con la IVE:

Dentro del debate planteado frente a la competencia de LA SUPERINTENDENCIA para expedir la Circular Externa No. 003 de 2013 se afirma en la demanda que la facultad de instrucción que se atribuye a este ente de control presupone una regulación legal de los asuntos sobre los que se instruye, y se resalta que el legislador no ha regulado ninguno de los temas tratados en el acto demandado. Adicionalmente, se aduce por uno de los intervinientes que no existe un derecho fundamental a la IVE (porque la sentencia C-355 de 2006 tan solo despenalizó algunos supuestos antes sancionables bajo el tipo penal aborto), ni tampoco una obligación de protección ni promoción del aborto por parte de las autoridades. Para la demandada y los terceros que intervienen en defensa de la legalidad de la circular atacada, el marco normativo que regula la forma como las mujeres pueden acceder a la IVE, y las obligaciones que tienen el Estado y los particulares frente a este servicio, se integra esencialmente por las decisiones de la Corte Constitucional. Así, explican, aunque no se cuenta con una ley que regule este asunto, existe un marco normativo que establece las condiciones para el ejercicio del derecho y el cumplimiento de las obligaciones que de este se derivan.

Para esta Sala, como quedó visto de manera precedente, el ejercicio de las facultades de instrucción que la ley reconoce a LA SUPERINTENDENCIA debe orientarse a ilustrar a sus vigilados sobre la forma como se debe acatar el conjunto de normas que rigen el sector. Ello engloba tanto las disposiciones constitucionales, como las legales y reglamentarias que se expiden para dirigir y regular la prestación de los servicios de salud en Colombia; lo cual comprende naturalmente las normas las dictadas en torno al servicio de la interrupción voluntaria del embarazo.

Lo anterior, dado el nexo que une al derecho fundamental a la IVE con el derecho a la salud. Para la Sección Primera del Consejo de Estado la proclamación constitucional de la dignidad humana como derecho fundamental y principio vertebrador del ordenamiento jurídico (artículo 1), así como la proclamación del libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), del derecho a la vida (artículo 11), a la salud (artículos 48 y 49) y de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer (artículo 43), lo mismo que lo previsto al respecto por distintos instrumentos

internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad¹⁵⁵ (artículo 93) y lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006 y en la abundante jurisprudencia de tutela que se ha ocupado del asunto¹⁵⁶, no dejan

155 Según el relato efectuado al respecto en la sentencia C-355 de 2006, “los derechos de las mujeres han venido ocupando un lugar importante como componente de los acuerdos alcanzados en la historia de las conferencias mundiales convocadas por las Naciones Unidas, las que constituyen un marco esencial de referencia para la interpretación de los derechos contenidos en los propios tratados internacionales. // En 1968, en la Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos convocada en Teherán, se reconoció la importancia de los derechos de las mujeres, y se reconoció por primera vez el derecho humano fundamental de los padres “*a determinar libremente el número de hijos y los intervalos entre los nacimientos*”. // Cuatro años después, la Asamblea General de las Naciones Unidas estableció el año 1975 como el Año Internacional de la Mujer, se convocó una conferencia mundial en México dedicada a mejorar la condición de la mujer, y se estableció la década de 1975-1985 como Decenio de la Mujer de las Naciones Unidas. // Otras dos conferencias mundiales fueron convocadas durante el Decenio de la Mujer, la de Copenhague en 1980 y la de Nairobi en 1985 para comprobar y evaluar los resultados del Decenio de la Mujer de las Naciones Unidas. // Pero, la que marcó un hito fundamental para los derechos de las mujeres fue la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena en 1993, al declarar que “*los derechos humanos de la mujer y la niña, son parte inalienable e indivisible de los derechos humanos universales*”, así como que la plena participación de la mujer en condiciones de igualdad en la vida política, económica, social y cultural, y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo, son objetivos prioritarios de la comunidad internacional (...) En efecto, diferentes tratados internacionales son la base para el reconocimiento y protección de los derechos reproductivos de las mujeres, los cuales parten de la protección a otros derechos fundamentales como la vida, la salud, la igualdad y no discriminación, la libertad, la integridad personal, el estar libre de violencia, y que se constituyen en el núcleo esencial de los derechos reproductivos. Otros derechos, resultan también directamente afectados cuando se violan los derechos reproductivos de las mujeres, como el derecho al trabajo y a la educación, que al ser derechos fundamentales pueden servir como parámetro para proteger y garantizar sus derechos sexuales y reproductivos. // Cabe recordar, que además de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos, la protección de los derechos de la mujer latinoamericana tiene soporte especial en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -CEDAW-, que entró en vigor para Colombia a partir del 19 de febrero de 1982, en virtud de la Ley 51 de 1981, y la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”, entrada en vigencia para Colombia el 15 de diciembre de 1996, al aprobarse la Ley 248 de 1995; los que, junto con los documentos firmados por los gobiernos de los países signatarios en las Conferencias Mundiales, son fundamentales para la protección y garantía de los derechos de las mujeres por cuanto son marco de referencia al establecer conceptos que contribuyen a interpretarlos tanto en la esfera internacional como en la nacional.

Ahora bien, en cuanto al derecho a la salud, que incluye el derecho a la salud reproductiva y la planificación familiar, se ha interpretado por los organismos internacionales, con fundamento en los tratados internacionales, entre ellos la CEDAW, que es deber de todos los Estados ofrecer una amplia gama de servicios de salud de calidad y económicos, que incluyan servicios de salud sexual y reproductiva, y se ha recomendado además, que se incluya la perspectiva de género en el diseño de políticas y programas de salud. Dichos organismos internacionales también han expresado su preocupación por la situación de la salud de las mujeres pobres, rurales, indígenas y adolescentes, y sobre los obstáculos al acceso a métodos anticonceptivos.

(...)

Otros derechos sexuales y reproductivos, se originan en el derecho a la libertad de matrimonio y a fundar una familia. El derecho a la intimidad también está relacionado con los derechos reproductivos, y puede afirmarse que se viola cuando el Estado o los particulares interfieren el derecho de la mujer a tomar decisiones sobre su cuerpo y su capacidad reproductiva. El derecho a la intimidad cobija el derecho a que el médico respete la confidencialidad de su paciente, y por lo tanto, no se respetaría tal derecho, cuando se le obliga legalmente a denunciar a la mujer que se ha practicado un aborto. // En cuanto al derecho a la igualdad y no discriminación, la Convención de la Mujer consagra el derecho de las mujeres a disfrutar de los derechos humanos en condiciones de igualdad con los hombres, y la eliminación de las barreras que impiden el disfrute efectivo por parte de las mujeres de los derechos reconocidos internacionalmente y en las leyes nacionales, así como la toma de medidas para prevenir y sancionar los actos de discriminación. // Finalmente, el derecho a la educación y su relación con los derechos reproductivos puede examinarse desde varios niveles: el acceso de las mujeres a la educación básica, a fin de que ella logre el empoderamiento en su familia y en su comunidad, y contribuya a que tome conciencia de sus derechos. Además, el derecho a la educación incorpora el derecho de las mujeres a recibir educación sobre salud reproductiva, así como a que se les permita ejercer el derecho a decidir el número de hijos y espaciamiento de ellos de manera libre y responsable. // En conclusión, los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos”.

156 Véase las sentencias T-841 de 2011, T-585 de 2010 o T-732 de 2009. Al respecto, en la sentencia T-585 de 2010 expresó la Corte que “[r]esulta innegable que, a partir de la sentencia C-355 de 2006, surgió en Colombia un verdadero derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en cabeza de las mujeres que se encuentran incursas en las tres hipótesis despenalizadas. En efecto, como se indicó, en esta sentencia la

duda sobre la existencia en Colombia del derecho fundamental a la IVE de las mujeres que se encuentran en los tres supuestos definidos por la Corte. Derecho fundamental que cuya efectividad está directamente ligada con la responsabilidad del Estado en materia de salud, por lo cual las garantías de su disfrute dependen del cumplimiento por parte de las autoridades de su obligación de asegurar el acceso a servicios de salud prestados de manera integral, oportuna, con calidad y eficacia. Esta obligación es expresión del deber de garantía de los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud contemplado en el artículo 49 de la Carta, del derecho fundamental a la salud y a la vida, de la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y del bloque de constitucionalidad.

A la luz de esta realidad jurídica, queda fuera de discusión tanto la responsabilidad global que le asiste al Estado en relación con la efectividad de este derecho¹⁵⁷, como la viabilidad y necesidad de que LA SUPERINTENDENCIA, en ejercicio de sus competencias como órgano de vigilancia y control del sector salud, supervise el cumplimiento del complejo marco normativo vigente en materia de IVE como una prestación a cargo de sus vigilados. En consecuencia, desde la óptica de la competencia del ente, no hay duda que LA SUPERINTENDENCIA está facultada para emitir instrucciones específicas destinadas a los prestadores de servicios de salud y a todos aquellos entes que estén bajo su inspección, vigilancia y control en relación con el acatamiento del régimen jurídico de la IVE. Cosa distinta es cuál es la base y el contenido de las instrucciones que imparta al respecto. Ese extremo se analizará al resolver el caso concreto, luego de valorar la legitimidad de dictar una instrucción con fundamento exclusivamente en pronunciamientos de tutela del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional.

4.1.3. La fuerza normativa de la jurisprudencia constitucional en el sistema de fuentes actual.

Corte concluyó que la protección de los derechos fundamentales de la mujer a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida y a la salud física y mental –contenidos en la Constitución de 1991 y en el bloque de constitucionalidad- implican reconocerle la autonomía para decidir libremente si interrumpir o continuar la gestación en las tres precisas circunstancias ya señaladas, de modo tal que la sanción penal resultaba desproporcionada”. En sentido análogo, véase la sentencia C-745 de 2015 de la Corte Constitucional.

157 No se puede desconocer que por su complejidad, la garantía del derecho a la salud implica una gama variada de acciones y compromisos por parte del Estado, tipificadas por la jurisprudencia como obligaciones de respeto (no vulneración directa por parte de sus agentes), protección (defensa frente a amenazas de terceros) y garantía (adopción de medidas que aseguren la disponibilidad, accesibilidad y calidad del derecho a la salud). Al respecto, véase la sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional.

Pese a las dudas que en un principio generó la inclusión por el artículo 230 de la Constitución de la jurisprudencia dentro del elenco de los denominados “criterios auxiliares de la actividad judicial”, con lo cual el Constituyente pareciera haber negado a las decisiones jurisdiccionales carácter normativo para mantener la senda tradicional de nuestro sistema jurídico y su habitual reconocimiento del carácter persuasivo (y no vinculante) de las reglas jurisprudenciales¹⁵⁸, el desarrollo que ha conocido esta materia en los pronunciamientos de la Corte Constitucional ha marcado un cambio significativo frente a dicha comprensión y ha resaltado de manera progresiva el carácter vinculante de los llamados precedentes jurisprudenciales. De una negativa inicial del juez constitucional a reconocer su carácter vinculante por tratarse de un “criterio auxiliar de la actividad judicial”¹⁵⁹, se pasó a reconocer el carácter normativo que ostentan las reglas de Derecho fijadas en las *ratio* de las decisiones para resolver casos similares futuros¹⁶⁰.

Ciertamente, con base en una interpretación amplia de la cláusula de sometimiento de los jueces al imperio de la ley¹⁶¹ (artículo 230 párr. 1 de la Constitución) y una lectura de la garantía de autonomía judicial que la armoniza con los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima (artículo 228 de la Constitución), la jurisprudencia constitucional ha logrado establecer una teoría del precedente acorde tanto con las particularidades de nuestro sistema normativo, como con las necesidades de certeza jurídica y predictibilidad de las decisiones que demandan los tiempos presentes, así como con las exigencias de coherencia y trato igual elevadas por la Constitución. La clave de esta construcción ha estado en el reconocimiento de **la singularidad de la fuerza vinculante de los precedentes**. Dada su trascendencia para el caso que se debate, la Sala efectuará una breve exposición de la consolidación del carácter normativo de los precedentes en nuestro sistema (a), para pasar enseguida a explorar las peculiaridades del carácter vinculante de esta clase de reglas (b).

158 Cfr. El artículo 4º de la ley 53 de 1886 o el artículo 4º de la ley 169 de 1896. De acuerdo con el primero “[l]os principios de derecho natural y las reglas de jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, á su vez, norma para interpretar las leyes”. De conformidad con el segundo: “[l]as decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los Jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”.

159 Vid. la sentencia C-131 de 1993.

160 Véase las sentencias SU-047 de 1999, C-836 de 2001, C-335 de 2008 y C-539, C-634 y 816 de 2011.

161 De acuerdo con lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-486 de 1993, “[e]l ordenamiento jurídico, desde el punto de vista normativo, no puede reducirse a la ley. De ahí que la palabra “ley” que emplea el primer inciso del artículo 230 de la CP necesariamente designe “ordenamiento jurídico”. Esta interpretación se reiterará a partir de entonces en numerosas ocasiones. Vid. las sentencias , las sentencias C-634 de 2011, C-539 de 2011 y C-836 de 2001.

a) La consolidación de la teoría de los precedentes en la jurisprudencia constitucional.

Tal como se señaló con anterioridad, lo previsto por el párr. 2º del artículo 230 de la Constitución no parecía acorde con el reconocimiento del carácter normativo de las decisiones jurisdiccionales. Al ser puesta la jurisprudencia en el mismo nivel de la equidad, los principios generales del derecho y la doctrina, esto es, como meros criterios auxiliares de la actividad judicial, la idea del valor persuasivo o meramente ilustrativo de la jurisprudencia parecía haberse impuesto nuevamente en nuestro ordenamiento, en perjuicio del reconocimiento de su condición de fuente apta para la creación de normas vinculantes, más propia de los esquemas de *common law* que de los sistemas de derecho legislado como el nuestro.

No obstante, la evolución de la jurisprudencia constitucional tomó otra dirección y ha originado una verdadera mutación constitucional en lo que tiene que ver con este asunto, al punto que a día de hoy tanto la jurisprudencia como la legislación aceptan de manera pacífica la idea del sometimiento de los jueces a las decisiones anteriores que han resuelto casos similares. Así, por ejemplo, el desconocimiento de precedentes constituye un defecto justificativo del amparo que brinda la acción de tutela a los derechos fundamentales a la igualdad, el debido proceso y el acceso a la administración de justicia frente a providencias judiciales que desconocen injustificadamente las reglas que jurisprudencialmente han controlado casos similares¹⁶². El legislador también ha reconocido este efecto y ha previsto mecanismos orientados a promover su afianzamiento. Así, el CPACA estatuyó el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia frente a sentencias del contencioso administrativo que contraríen o se opongan a fallos de unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado (artículo 258 del CPACA). Y en materia de acciones populares y de grupo estableció como una de las causales de procedencia del mecanismo de revisión eventual el que la providencia que se pide revisar “se oponga (...) a una sentencia de unificación del Consejo de Estado o a jurisprudencia reiterada de la Corporación” (artículo 273.2 del CPACA). Tal es el avance que se observa en relación con esta materia, que el CPACA incluso contempló un mecanismo como la extensión de jurisprudencia, orientado a la

162 Así lo reconoce la Corte Constitucional en su teoría sobre los denominados requisitos especiales de procedibilidad de la tutela frente a providencias judiciales. Cfr. la sentencia C-590 de 2005. Al respecto, véase, de esta Sala, p. ej., la sentencia del 13 de marzo de 2013, Rad. No. 11001-03-15-000-2012-02074-00. C.P.: Guillermo Vargas Ayala. De esta misma Sala de decisión pueden consultarse también las sentencias de 17 de marzo de 2016, Rad. No. 11001-03-15-000-2015-03152-00. C.P.: María Claudia Rojas Lasso; o de 7 de marzo de 2013, Rad. No. 11001-03-15-000-2013-00131-00(AC). C.P.: María Claudia Rojas Lasso.

desjudicialización de las reclamaciones de derechos de los particulares mediante el reconocimiento de la posibilidad de conceder directamente tales solicitudes en sede administrativa siempre que se cuente con una Sentencia de Unificación de Jurisprudencia del Consejo de Estado que sirva de fundamento a dicha determinación (artículos 102 y 269 del CPACA).

De acuerdo con el recuento de esta evolución recientemente efectuado por la propia jurisprudencia constitucional:

“Según se desprende de lo sostenido de manera progresiva por la jurisprudencia constitucional desde los inicios de este tribunal, el precedente contenido en sus sentencias, así como en las emitidas por la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado, también en lo relativo a su función de órganos de cierre, tiene carácter obligatorio frente a la toma de futuras decisiones, y no meramente indicativo como antaño se entendía.

Por esta razón, cuando quiera que los jueces de la República, incluso la propia Corte Constitucional, deban resolver un caso que desde el punto de vista fáctico resulte análogo o semejante a otro(s) resuelto(s) en el pasado, que en tal medida tenga(n) el carácter de precedente(s) aplicable(s), este(os) último(s) deberá(n) ser tomado(s) en cuenta, en protección de la igualdad, la seguridad jurídica y la confianza legítima de los asociados. En todo caso, se ha aclarado que tomar en cuenta no necesariamente significa fallar exactamente en el mismo sentido, pues según se ha advertido, queda siempre abierta la posibilidad de que el juez que se dispone a fallar se aparte de ese precedente y adopte una solución diferente, pese a la similitud de los casos, siempre que sustente con razones y motivos sólidos, reales y suficientes que así lo justifiquen.

La tesis sobre la obligatoriedad del precedente judicial comienza a perfilarse con mayor claridad a partir de algunas decisiones de esta Corte emitidas desde 1995 y 1996, entre ellas varios fallos de revisión de tutela, al igual que otras decisiones de constitucionalidad. Gran trascendencia tuvieron dentro de esta perspectiva las decisiones a través de las cuales este tribunal se refirió a la noción de doctrina constitucional, diferenciándola de la simple jurisprudencia¹⁶³, a propósito de las precisiones contenidas en el segundo inciso del artículo 230 superior, en torno a los criterios auxiliares de la actividad judicial.

En esta misma línea resulta igualmente relevante la sentencia C-037 de 1996 (M. P. Vladimiro Naranjo Mesa), por la cual esta Corte realizó el

163 Pueden mencionarse en esta perspectiva, entre otras, las sentencias C-083 de 1995 (M. P. Carlos Gaviria Díaz) y T-123 de 1995 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

análisis previo y automático de constitucionalidad al proyecto de Ley Estatutaria sobre la Administración de Justicia, que fuera luego sancionado como Ley 270 de 1996.

En lo que interesa al tema que ahora se analiza, deben destacarse en este fallo las decisiones atinentes a diversos apartes del artículo 48 del proyecto. Por una parte se declaró la inexecutable de algunas expresiones que reservaban para el Congreso, y por ende excluían a la Corte Constitucional, de la posibilidad de interpretar las leyes por vía de autoridad. Esta decisión reivindicó que la Corte sí tiene esa facultad, al tiempo que destacó el carácter general y obligatorio de las interpretaciones resultantes.

Por otro lado, se declararon condicionalmente executable los apartes de los numerales 1° y 2° de este artículo, que limitaban el carácter obligatorio de las sentencias emitidas por esta Corte, tanto en casos de control abstracto como de tutela a su parte resolutive, advirtiendo que la parte motiva solo tendría el carácter de criterio auxiliar para la actividad judicial, pues según se explicó, con sustento en pronunciamientos anteriores¹⁶⁴, aquellos apartes de la motivación que resultaran decisivos o determinantes para llegar a la decisión que se adopta (guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive), tienen también ese mismo carácter obligatorio.

*En años subsiguientes gana claridad y se reitera con frecuencia la diferencia entre ratio decidendi y obiter dicta¹⁶⁵ como partes de la sentencia judicial, planteada por este tribunal desde sus primeras pronunciamientos, insistiendo en que el carácter obligatorio de sus decisiones no se reduce a la parte resolutive, sino que se extiende también a aquella parte de las consideraciones que directamente explica y orienta el sentido de la decisión adoptada. De allí que, conforme a las tesis sostenidas por la Corte en esta época, **se considerara vía de hecho, merecedora de tutela, el desconocimiento que los jueces y/o autoridades hicieren del precedente contenido en la ratio decidendi de las decisiones de la Corte, situación que se mantiene invariable cuando, años después, la mayoría de este tribunal decide abandonar esa terminología, sustituyéndola por el concepto de causales de procedibilidad de la tutela contra decisiones judiciales**¹⁶⁶.*

Más adelante se produce la sentencia C-836 de 2001 (M. P. Rodrigo Escobar Gil)¹⁶⁷ (...) En esta decisión se declaró la executable

164 La Corte apoyó esta decisión en los razonamientos expuestos en la sentencia C-131 de 1993 (M. P. Alejandro Martínez Caballero) y en la ya citada C-083 de 1995 (M. P. Carlos Gaviria Díaz).

165 Cfr. por ejemplo las sentencias de unificación de tutela SU-640 de 1998 y SU-168 de 2009 (en ambas M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y SU-047 de 1999 (Ms. Ps. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero).

166 Cfr. entre otros los fallos SU-1184 de 2001 y T-949 de 2003 (en ambos M. P. Eduardo Montealegre Lynnet).

167 Con salvamento parcial de voto de los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería, Álvaro Tafur Galvis y Alfredo Beltrán Sierra y aclaración de voto de los Magistrados Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra.

condicionada del artículo 4° de la Ley 169 de 1896 que regula el tema de la denominada doctrina probable, tanto en lo relacionado con su no obligatoriedad (pues esa norma prevé que los jueces podrán aplicarla), como con la simultánea posibilidad de que la Corte Suprema de Justicia, que es la autoridad judicial a quien la norma contempla como fuente de dicha doctrina, decida variar su contenido o alcance en relación con un tema determinado, en caso de considerar erradas las decisiones en que aquélla se hubiere fundado.

Esta decisión judicial contiene un exhaustivo análisis de los temas planteados, que parte de una completa contextualización histórica sobre el momento y circunstancias en que se expidió la norma que en ese caso había sido acusada, seguido de una amplia reflexión sobre la actual validez constitucional de esa doctrina probable a la luz de los principios y valores distintivos del Estado social de derecho que para el caso resultan relevantes, entre ellos la igualdad ante la ley y frente a su aplicación, la confianza legítima de los asociados, la trascendencia social de la función judicial y de la autonomía de los jueces, la seguridad jurídica, la importancia de la unificación de la jurisprudencia, el sistema de fuentes del derecho y otros semejantes. Al término de ese estudio encontró la Corte que, pese a su carácter apenas potestativo, la norma que establece la vieja institución de la doctrina probable es exequible, pues esa regla no necesariamente resulta incompatible con el más reciente entendimiento sobre el valor que los precedentes judiciales de los órganos de cierre tienen como fuente de derecho, sino que admite una lectura acorde a la Constitución.

Esta determinación es ciertamente trascendente en relación con el tema que se viene comentando, en cuanto acepta la exequibilidad de una figura jurídica cuyo contenido, al menos a primera vista, resultaría frontalmente contrario a la línea que esta corporación había venido sosteniendo sobre el tema. Sin embargo, más allá de ese aspecto, este fallo (C-836 de 2001) es altamente significativo por cuanto al mismo tiempo constituye una clara reiteración de la postura de esta Corte en torno al respeto que los jueces deben a los precedentes, definitiva para la posterior consolidación de la misma durante la primera década del siglo XXI.

Pero en tercer lugar, su relevancia radica también en el aspecto que zanja la aparente contradicción que resulta de los dos aspectos iniciales, pues **reconoce como igualmente conformes al texto superior dos importantes posibilidades, la de cambiar el contenido del precedente existente (cosa que haría la propia Corte Suprema, autora de aquél) y la de apartarse individualmente de él (para el caso de jueces o tribunales de inferior jerarquía funcional)**¹⁶⁸, siempre que en ambos

168 A propósito de estas dos posibilidades, a partir de esta decisión la Corte acuñó la distinción entre precedentes verticales y horizontales. Aunque ambos provienen de las altas corporaciones judiciales que tienen a su cargo la unificación de la jurisprudencia, se considera *precedente vertical* aquel que debe ser aplicado por un juez o tribunal de inferior jerarquía a aquel que lo ha fijado, mientras que se habla de *precedente horizontal* cuando el llamado a aplicarlo es la misma corporación que lo ha originado. Así, un

escenarios el operador judicial que asume una tal decisión sustente debidamente las razones que le llevan a ello, a fin de que el cambio jurisprudencial registrado resulte legítimo, pese a la frustración del ciudadano que antes de ello confiaba en la aplicación del precedente conocido y que con ese cambio resulta aparentemente lesionado.

De otra parte, en esta decisión la Corte hace **un esfuerzo más explícito por compaginar el carácter obligatorio del precedente judicial con la autonomía e independencia de los jueces,** principios que son garantizados por el artículo 228 superior, y que prima facie, podrían entenderse quebrantados por la necesidad de acatar los referidos precedentes, salvo causa debidamente justificada. En esa ocasión señaló la Corte que **no existe intrínseca oposición entre este deber y aquella facultad, precisamente por cuanto los jueces están plenamente facultados para distanciarse del precedente judicial que fuere aplicable, siempre que al hacerlo sustenten y justifiquen debidamente las razones que les han llevado a prescindir de su aplicación. En esta medida, es claro que el respeto al precedente no implica su total inamovilidad, ni que se coarte la autonomía de los jueces, la que en todo caso debe poder expresarse libremente, posibilidad que no se limita ni se resiente por el hecho de observar debidamente los precedentes aplicables.**

(...)

Ahora bien, con posterioridad a esta sentencia, el rumbo de la jurisprudencia de esta Corte respecto de este tema se ha mantenido invariable, y ha sido objeto de constante reiteración, considerándose de manera mayoritaria que el arbitrario e injustificado desconocimiento de los precedentes aplicables al caso concreto, por ejemplo en lo relacionado con la doctrina de esta Corte en torno a la interpretación sobre el alcance de los distintos derechos fundamentales, puede ser remediado, no solo mediante la interposición de los correspondientes recursos ordinarios o extraordinarios, sino también por vía de acción de tutela¹⁶⁹.

En forma coincidente, el fallo C-335 de 2008 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto) analizó el planteamiento de un ciudadano en torno a si el injustificado desconocimiento del precedente judicial podría o no conducir a la comisión del delito de prevaricato por acción. Frente a este cuestionamiento, la Corte encontró que el comportamiento de proferir “resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley”, que en el caso de este tipo penal es la conducta que origina la sanción¹⁷⁰, incluye la situación que se presentaría cuando la jurisprudencia desatendida es la contenida en las sentencias emitidas por este tribunal en ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes, lo mismo que cuando el desconocimiento de la jurisprudencia traiga consigo la

mismo precedente puede ser considerado vertical u horizontal dependiendo de quien sea el juez o tribunal que debe observarlo.

169 Cfr. en este sentido, entre muchas otras, y considerando solo las de años recientes, las sentencias T-014 de 2009, T-443 de 2010, T-733 y T-794 de 2011, T-140 y T-981 de 2012, T-001 de 2013.

170 Según la descripción típica contenida en el artículo 413 del Código Penal (Ley 599 de 2000).

infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general. Esta conclusión sin duda constituye una nueva reiteración de la consistente postura de esta Corte, respecto de la trascendencia y obligatoriedad de los precedentes judiciales.

*De otro lado, esa línea ha sido también clara y pacífica en decisiones de control abstracto en las que se ha analizado el funcionamiento del precedente judicial en distintos ámbitos específicos. Así por ejemplo, en las sentencias C-539 y C-634 de 2011 (en ambas M. P. Luis Ernesto Vargas Silva), C-816 de 2011 y C-588 de 2012 (en ambas M. P. Mauricio González Cuervo) la Corte ha sido reiterativa en considerar válida y conforme al texto superior la regla general sobre obligatoriedad de los precedentes judiciales de los órganos de cierre en diversos escenarios (entre ellos la jurisdicción ordinaria, la contencioso administrativa o las entidades de la Rama Ejecutiva), al tiempo que ha destacado la necesidad de que también se tomen en cuenta los precedentes que integran la jurisprudencia constitucional. De igual manera, **en todos esos casos, esta Sala ha reconocido que resulta válido que los jueces o autoridades que estarían obligadas a aplicar unos y otros precedentes, puedan excepcionalmente apartarse de ellos, siempre que para hacerlo ofrezcan en sus decisiones la correspondiente justificación**¹⁷¹ (subrayado y negrillas fuera de texto).*

En estas condiciones, es claro que en la actualidad, en virtud de la lectura que ha realizado la Corte Constitucional de los artículos 1, 13, 29, 228 y 230 de la Carta, los precedentes jurisprudenciales son en Colombia fuente formal de Derecho y tienen, por tanto, carácter vinculante. No obstante, como se verá a continuación, se trata de una fuerza normativa peculiar, *prima facie*, que envuelve en sí la potestad del operador jurídico que lo aplica de apartarse eventualmente de la regla fijada.

b) Las peculiaridades de la fuerza vinculante de los precedentes jurisprudenciales.

Sea que se apliquen en sede judicial (su ámbito natural y primario), sea que se empleen en sede administrativa (como puede ocurrir en virtud de institutos legales como el de la extensión de jurisprudencia prevista por el artículo 102 del CPACA), a causa de la fuerza vinculante reconocida a los precedentes, la regla de decisión fijada en una sentencia debe ser tomada en cuenta al resolver casos posteriores que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. De este modo, debido a la casi permanente necesidad actual de interpretación de los textos constitucionales

171 Corte Constitucional, sentencia C-461 de 2013.

y legales como condición para su aplicación, **al dirimir una controversia en particular, las decisiones judiciales definen en paralelo reglas que son vinculantes para la resolución de casos similares futuros**, a ser decididos por el mismo juez o por sus inferiores jerárquicos. Así, con independencia de los eventuales efectos *inter partes* del *decisum* de la mayoría de fallos judiciales (salvo casos puntuales como, p. ej., los de la acción de inconstitucionalidad o de nulidad simple, a los que son inherentes efectos *erga omnes*), las consideraciones sobre las que se fundamenta la decisión, *holding* o *ratio decidendi* se constituyen en **una regla de derecho judicialmente establecida**. Por este motivo los efectos de las sentencias van hoy más allá del caso concreto para el cual fueron dictadas y el juez trasciende su tradicional papel de mero aplicador del Derecho.

Ahora bien, aunque como consecuencia del reconocimiento de la fuerza vinculante de la jurisprudencia se erige una limitación significativa para la autonomía de los jueces al momento de resolver un caso, ello no se traduce en la total negación del margen de autonomía e independencia que la Constitución les reconoce en el ejercicio de su función. Ello, como expresión de la especialidad de la fuerza vinculante que se le ha reconocido a los precedentes, en virtud de la cual se ha entendido legítimo que bajo determinadas condiciones, el juez *prima facie* obligado a seguir el precedente vinculante, se aparte de él. Esto, habida cuenta que, a la vista de la garantía constitucional de la autonomía judicial (artículo 228), **“en nuestro sistema de fuentes se encuentra excluida una vinculación judicial absoluta a los precedentes (artículo 230 CP)**. Lo anterior se traduce en el reconocimiento de un conjunto de supuestos en los cuales resulta legítimo apartarse de éstos, a saber: (i) la disanalogía o falta de semejanza estricta entre el caso que origina el precedente y el que se resuelve con posterioridad; (ii) una transformación significativa de la situación social, política o económica en la que se debe aplicar la regla definida con anterioridad con fuerza de precedente; (iii) un cambio en el orden constitucional o legal que sirvió de base a la toma de las decisiones adoptadas como precedentes; (iv) la falta de claridad o consistencia en la jurisprudencia que debe ser tomada como referente y (v) la consideración que esa jurisprudencia resulta errónea, por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico”¹⁷².

172 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 13 de marzo de 2013, Rad. No. 11001-03-15-000-2012-02074-00. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

En consecuencia, como lo ha expuesto la jurisprudencia de la Corte Constitucional, “las autoridades judiciales cuentan con la facultad de abstenerse de aplicar el precedente judicial emanado de las cortes jurisdiccionales de cierre, previo cumplimiento de determinadas condiciones”¹⁷³. Toda vez que resultan inadmisibles las posturas que no se someten al precedente por capricho, ignorancia o simple negativa a reconocer su fuerza vinculante, además del deber de identificar el precedente aplicable y de hacer explícitas las razones por las cuales se deja de lado la jurisprudencia en vigor sobre la materia, el operador judicial que ejerce su prerrogativa de apartamiento debe demostrar suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales. Esto implica que el juez que objeta el precedente debe demostrar “que esa opción es imperiosa, en tanto concurren razones sustantivas y suficientes para adoptar esta postura, en tanto el arreglo jurisprudencial existente se muestra inaceptable. Estas razones, a su vez, no pueden ser otras que lograr la vigencia de los derechos, principios y valores constitucionales”¹⁷⁴ (subrayado del texto).

El carácter relativo o *sui generis* de la fuerza vinculante de los precedentes se proyecta igualmente en su relación con las autoridades administrativas. Aun cuando éstas también se encuentran sometidas a las reglas definidas por las autoridades judiciales al resolver una determinada controversia “en cuanto esto (i) garantiza la certeza por parte de los sujetos, partes y ciudadanos en relación con la ley y la jurisprudencia, (ii) asegura una interpretación y aplicación consistente y uniforme de las mismas, (iii) lo cual a su vez promueve la estabilidad social, la certeza, la seguridad jurídica, y la igualdad, evitando la arbitrariedad por parte de las autoridades administrativas”¹⁷⁵; ello no impide que de forma análoga a lo que ocurre en el ámbito judicial, con una motivación adecuada resulte legítimo que las autoridades administrativas puedan apartarse de los precedentes¹⁷⁶.

Bajo estas condiciones, es claro que una de las características fundamentales de los precedentes en tanto que reglas de derecho, además de tener origen judicial, ser un subproducto de un método de decisión casuístico y de carecer formalmente de una estructura canónica (lo que las priva *ab initio* de un supuesto de hecho predeterminado que haga posible su generalización o extensión a nuevos

173 Corte Constitucional, sentencia C-816 de 2011.

174 Idem.

175 Corte Constitucional, sentencia C-539 de 2011.

176 Vid. Corte Constitucional, sentencia C-816 de 2011.

supuestos), es la **posibilidad de ser objeto de apartamiento o de modificación por su destinatario** (esto último, en caso de tratarse del propio juez que lo dictó). Lo anterior, sin contar con las múltiples operaciones o técnicas de que son susceptibles los precedentes para eliminar (p. ej. la consideración de *dictum* de lo que se tenía por *ratio* -*dictumizing*-), debilitar (p. ej. la minimización de la *ratio* -*undermining*-), la difamación de la *ratio* o su calificación como un error -*perincuriaming*-), la anacronización de la *ratio* o su descalificación por supuesta obsolescencia -*quondaming*-) o fortalecer (p. ej. su adorno para que se vea mejor de lo que en realidad es -*garnishing*-), o su entrelazamiento para que parezca ligada a un conjunto de precedentes que conforman una sólida línea jurisprudencial -*napping*-) la autoridad de una regla jurisprudencial¹⁷⁷, y que resultan legítimas en virtud de **su especial maleabilidad al momento de su aplicación**¹⁷⁸.

4.1.4. ¿Precedentes jurisprudenciales como base para una circular instructiva sobre asuntos con reserva de ley?

Considerar que los precedentes jurisprudenciales forman parte del sistema de fuentes puede dar lugar a que se presenten situaciones como la que examina la Sala en el presente caso, en la cual asuntos sometidos por la Constitución a reserva de ley que han sido objeto de pronunciamientos por parte de la jurisprudencia constitucional de tutela (como las condiciones para el ejercicio del derecho fundamental a la IVE reconocido por la sentencia C-355 de 2006 y la objeción de conciencia) y que no han conocido ningún desarrollo legal terminan siendo objeto de una generalización por vía de su normativización mediante la expedición por parte de LA SUPERINTENDENCIA de una circular instructiva. Se trata, sin duda, de una determinación administrativa bien intencionada y explicable a la luz de la lamentable indiferencia del legislador frente a materias tan sensibles, pero que no por ello exenta de dudas desde un punto de vista estrictamente jurídico. En especial resulta polémico el recurso a una circular instructiva, porque como se vio en el apartado 4.1.2 de este fallo, al ejercer sus funciones de instrucción (en lugar de, por ejemplo, las de información), LA SUPERINTENDENCIA convierte las reglas jurisprudenciales sobre estos temas en normas de carácter general y abstracto, cuyo incumplimiento da lugar a sanción,

177 Al respecto, véase CHIASSONI, Pierluigi. “La filosofía del precedente: análisis conceptual y reconstrucción racional”, en *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial* (Ed. Carlos Bernal Pulido y Thomas Bustamante), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 46.

178 Destaca este aspecto de los precedentes en tanto reglas SCHAUER, Frederick. *Las reglas en juego*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 238.

siendo dudosa su cobertura legal. Y aunque parezca una perogrullada, no puede pasarse por alto que una sentencia de tutela no es una ley de la República.

A favor de la determinación administrativa de normativizar por medio de una circular instructiva los precedentes se encuentra el argumento, expuesto por un sector de la doctrina nacional, según el cual “[l]os precedentes de tutela son normas adscritas a las disposiciones constitucionales que valen para casos muy específicos y que, una vez decididos por la Corte Constitucional, deben aplicarse por esta misma –precedente horizontal- y por los demás jueces de tutela –precedente vertical- por haber sido decididos –*stare decisis*- por el máximo tribunal”¹⁷⁹. De acuerdo con esta postura, “[l]a jurisprudencia se encarga de fundamentar y concretar dichas normas, que reciben la denominación de normas adscritas porque se adscriben a las disposiciones existentes de las fuentes jurídicas”¹⁸⁰. De conformidad con esta postura, defendida tanto por LA SUPERINTENDENCIA, como por las organizaciones que intervienen en este proceso en defensa de la legalidad del acto atacado, la Circular No. 003 de 2013 no crea norma alguna, tan solo recoge y ordena las reglas fijadas por la jurisprudencia constitucional en relación con la IVE y la objeción de conciencia y las presenta a sus operadores en forma de instrucciones administrativas. Por ende, de acuerdo con esta posición no se crearía Derecho; simplemente se estaría cumpliendo con la función de instrucción que le es propia.

En contra de lo realizado por LA SUPERINTENDENCIA milita la preocupación por lo discutible que puede resultar la equiparación, sin más, de un precedente jurisprudencial con una ley de la República a efectos de la expedición de la circular instructiva emitida. Esto, toda vez que si bien el carácter de reglas de Derecho de los precedentes está fuera de debate, es dudoso que a efectos de la puesta en marcha del complejo aparato normativo que es hoy en día el ordenamiento jurídico, uno o varios fallos de tutela puedan sustituir la voluntad del legislador en un asunto constitucionalmente reservado a la ley. En concreto, esto supone partir de los siguientes razonamientos:

- La fuerza vinculante *sui generis* de los precedentes implica reconocer que las reglas fijadas por esta vía son siempre susceptibles de modificación o apartamiento por parte de los operadores jurídicos al momento de su

179 BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 168-169.

180 Ídem, pp. 212-213.

aplicación; lo cual forzosamente tiene lugar en los procesos en los que **caso por caso** se emplean como razones para tomar una decisión jurídica. En consecuencia, su generalización por vía de su conversión en norma general y abstracta a través de una circular administrativa resultaría anómala de no contar con un soporte adecuado en la ley; más aún cuando se trata de asuntos constitucionalmente reservados al legislador. Esto, por cuanto ante la falta de un supuesto de hecho predeterminado, de ordinario, la universalización del precedente parte de la base de la generalización que al respecto realiza el operador jurídico a cargo de su aplicación en el futuro. Si esta generalización se construye caso a caso, como típicamente corresponde a la aplicación de las reglas jurisprudenciales, se respeta la autonomía que tiene cada juez (o eventualmente la administración) para apartarse, estrechar o alargar el precedente¹⁸¹; aspecto que no podría tener lugar de llevarse a cabo por vía de un instrumento normativo como una circular instructiva. Por lo tanto, para efectuar una operación de esta clase, esto es, materialmente normativa e intrusiva del ámbito protegido por derechos fundamentales como la objeción de conciencia, la circular debe contar con una cobertura legal adecuada¹⁸². En últimas, en un Estado democrático de Derecho no se puede ignorar la importancia de la función que incumbe al legislativo en tanto que representante directo de la totalidad del pueblo. Este papel cobra mayor importancia cuando se trata de la regulación de asuntos sometidos por disposición constitucional a reserva de ley, pues salvo situaciones de carácter muy excepcional, frente ellos su intervención no ser suplida por ningún otro poder del Estado.

- Debido a su falta de estructura canónica, los precedentes jurisprudenciales envuelven reglas que tienen vocación de ser empleadas en casos futuros similares en supuestos particulares, previa identificación por el juez del caso posterior de la *ratio decidendi*. Esto, debido a que “únicamente se forma precedente a partir de la *ratio decidendi* que resuelve un caso”¹⁸³. Pretender que la idea de la *ratio*, crucial a efectos de determinar el precedente, surge sin dificultad de la lectura del fallo judicial y que cualquier autoridad puede identificarla de manera uniforme con cualquier criterio y

181 Al respecto, sostiene SCHAUER que “[s]i ocurriese que en el momento en el que se decide el caso actual se percibe que hay algo (...) que resulta normativamente relevante, quedará abierta para el juez la posibilidad de diseñar una generalización diferente, que incluya al precedente pero no al caso actual”. Cfr. SCHAUER, F. *Las reglas en... Op. Cit.*, pp. 246-247.

182 MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de... Loc. Cit.*, p. 892.

183 Corte Constitucional, sentencia T-960 de 2001.

tiene la obligación de aplicarla (lo que sea que haya dictaminado como tal) e imponerla sin más, no solo es ilusorio y peca de cierta candidez formalista, sino que además riñe con la particular fuerza vinculante que ostenta el precedente en nuestro sistema jurídico. Lo primero, por el amplio debate que rodea la determinación de la *ratio*, cuestión en absoluto pacífica¹⁸⁴. Lo segundo, porque no se puede olvidar, como se mencionó con anterioridad, que en nuestro orden constitucional el operador jurídico *prima facie* vinculado al precedente tiene garantizada la oportunidad de ponderar las circunstancias concretas del caso y de pronunciarse sobre la pertinencia de la aplicación de la regla a la situación específica. Y en ello hay envuelta **una garantía de respeto de la autonomía judicial o administrativa** que resulta improcedente ignorar.

- Como reflejo de lo anterior, salvo por los casos de positivización por el legislador de reglas jurisprudenciales (a semejanza de lo que ocurrió, por ejemplo, frente a la teoría de los móviles y finalidades, jurisprudencialmente acuñada, y los artículos 137 y 138 del CPACA, que la incorporan y elevan a rango legal), **la aplicación de un precedente jurisprudencial en un caso particular lleva implícita una garantía de debido proceso para las partes a las que se aplica**. Solo de esa manera se les garantiza la oportunidad de pronunciarse sobre la pertinencia de su aplicación en el caso concreto y el espacio para procurar un apartamiento o la modificación del precedente por parte de la autoridad competente¹⁸⁵.

Por lo anterior, encuentra la Sala que aun cuando desde la óptica de la demandada y de varios de los intervinientes se podría afirmar que el acto de LA SUPERINTENDENCIA fue legítimo porque se limitó a aplicar y a exigir el cumplimiento de la jurisprudencia constitucional y, por lo tanto, actuó con base en

184 Ilustra ampliamente el debate entre las posturas formalista o textualista y antiformalista o hermenéutica de identificación del precedente LÓPEZ MEDINA, Diego. *El Derecho de los jueces*, 2ª Edición, Bogotá, Legis, 2006, pp. 223 y ss. También CHIASSONI, Pierluigi. *Desencantos para abogados realistas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 222 y ss. A este respecto, debe tenerse presente que el tema no ha sido pacífico ni siquiera al interior de la jurisprudencia constitucional, habiendo llegado ésta a afirmar que “en realidad, son los jueces posteriores, o el mismo juez, en casos ulteriores, quienes precisan el verdadero alcance de la *ratio decidendi* de un asunto, de suerte que la doctrina vinculante de un precedente “puede no ser la *ratio decidendi* que el juez que decidió el caso hubiera escogido sino aquella que es aprobada por los jueces posteriores”. Cfr. Corte Constitucional, sentencia SU-037 de 1999.

185 Como afirma BUSTAMANTE, la aplicación de un precedente implica “extraer una regla de las premisas contenidas en la fundamentación de la decisión tomada como precedente judicial, por medio de un proceso interpretativo donde el sentido de esa norma no es previamente dado, sino hermenéuticamente construido con la participación de las partes y de los jueces que manejan el precedente como fundamento de sus propias decisiones”. Cfr. BUSTAMANTE, Thomas. “La interpretación y la fuerza gravitacional de los precedentes judiciales: fragmentos de una teoría del precedente judicial”, en *Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo* (Compilador: José Luis Benavides), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 121.

la Constitución, tal postura no es compartida. En criterio de este Juez tal razonar desconoce la unidad de la Constitución y so pretexto de hacer valer un derecho, no solo sacrifica reglas competenciales (como las relativas a las reservas de ley de los derechos a la vida, la IVE y la objeción de conciencia, pertenecientes a la parte orgánica de la Constitución), sino también otros derechos fundamentales como la garantía del debido proceso inherente a la aplicación de todo precedente, institutos como la garantía de la autonomía judicial y administrativa en la aplicación de los precedentes¹⁸⁶, y principios sustanciales del orden constitucional como el democrático, el pluralista y el de legalidad de las intervenciones generales y abstractas en el ámbito de los derechos fundamentales, todos ellos medulares dentro de la estructura y funcionamiento del Estado Constitucional de Derecho instaurado por la Constitución. Además, parte de la discutible base según la cual las reglas establecidas por la jurisprudencia surgen sin dificultad de la simple lectura de los fallos de tutela, desconociendo que la *ratio decidendi* de un caso “no siempre es fácil de extraer de la parte motiva de una sentencia judicial como tal y, por lo tanto, su obligatoriedad no implica la vinculación formal del juez a determinado fragmento de la sentencia descontextualizado de los hechos y de la decisión”¹⁸⁷. Tampoco se puede desconocer que al abordar el asunto de la vinculatoriedad de los precedentes su nexo con la situación fáctica concreta resulta decisiva, toda vez que “tales hechos son los que concretan la norma y permiten una exigencia de igualdad de trato”¹⁸⁸. Por último, es clave tener en cuenta que si el precedente alude a la regla que permite resolver el problema jurídico en el caso anterior, que constituye a su vez la norma aplicable en la decisión del futuro, la determinación de su amplitud (qué cobija) es una cuestión completamente incierta, que no puede más que ser definida por el juez u operador jurídico ulterior. Él tendrá que interpretar el fallo precedente para determinar el sentido concreto de la regla a aplicar, haciendo de la labor de identificación de este precepto una tarea de alto contenido hermenéutico, no exenta, por tanto, de incertidumbres y debates.

No son, pues, pocas las razones que rodean de dudas la normativización de estas reglas realizada por LA SUPERINTENDENCIA.

Por todas estas razones, para esta Sala, la indudable fuerza vinculante de los precedentes jurisprudenciales no puede suponer la generalización de las reglas

186 Vid. la sentencia C-816 de 2011 de la Corte Constitucional.

187 Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001.

188 Corte Constitucional, sentencia T-249 de 2003.

decantadas por los jueces si la vía escogida para hacerlo es su normativización por medio de un instrumento como una circular instructiva, a menos que cuente con una cobertura legal adecuada. **De lo contrario se tornaría en redundante o superflua la intervención del legislador en asuntos que le fueron constitucionalmente reservados, conclusión a todas luces inaceptable.**

No desconoce la Sección Primera que la Corte Constitucional en diversos pronunciamientos ha impartido órdenes que compelen a LA SUPERINTENDENCIA a adoptar “las medidas indispensables con el fin de que las EPS e IPS – independientemente de si son públicas o privadas, laicas o confesionales - cuenten con las personas profesionales de la medicina así como 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 así como se abstengan de incurrir en exigencias adicionales inadmisibles - como las enumeradas por la Sala en el fundamento jurídico número 8 de la presente sentencia y bajo entera observancia de las exigencias determinadas en el fundamento jurídico 31 de la misma”¹⁸⁹; o para adoptar “las medidas indispensables con el fin de que las empresas promotoras de salud y las instituciones prestadoras de salud –independientemente de si son públicas o privadas, laicas o confesionales- cuenten con un protocolo de diagnóstico rápido para aquéllos eventos en que los/as profesionales de la salud advierten la posibilidad de que se configure la hipótesis de peligro para la vida o la salud de la madre o en los que la mujer gestante alega estar incurso en ella y desea someterse a la IVE; ello con el objetivo de determinar si se cumple el requisito impuesto en la sentencia C-355 de 2006 consistente en una certificación médica. Tal protocolo debe ser integral, es decir, incluir una valoración del estado de salud mental. La Superintendencia Nacional de Salud deberá vigilar el cumplimiento de lo anterior por parte de las EPS e IPS”¹⁹⁰. Con todo, encuentra esta Corporación que **dada su indeterminación, en aras de acatar estas órdenes, LA SUPERINTENDENCIA no puede más que obrar dentro del estricto marco de sus facultades constitucionales y legales, no siendo razonable ni válido entender que su cumplimiento legitima cualquier clase de medida**, con independencia de que sus alcances concretos entrañen un quiebre o desequilibrio del orden establecido por la Constitución y la ley. Como no puede ser de otro modo, también el cumplimiento de las órdenes que imparte el juez constitucional

189 Corte Constitucional, sentencia T-388 de 2009.

190 Corte Constitucional, sentencia T-585 de 2010.

(en especial cuando ellas poseen una textura abierta como en estos eventos) debe enmarcarse en el respeto a las reglas propias del Estado Constitucional de Derecho.

Ahora bien, cosa distinta ocurriría si se evidenciara que el reglamento demandado fue expedido por la Administración (i) en cumplimiento de una orden expresa, específica y completa del juez constitucional; (ii) como consecuencia de la constatación efectiva de la afectación a un derecho fundamental, producto de la ausencia de regulación legal de la materia y de la comprobada dilación e indiferencia del legislador frente a su expedición; y (iii) con la finalidad de ofrecer una solución transitoria a dicha situación, que se concreta en una regulación jurisprudencial del asunto, completamente excepcional y temporal, debido a que tendría vocación de aplicación únicamente mientras persista la ausencia de norma legal acreditada por el juez constitucional. En tal evento es claro que el reglamento que así se expidiera, además de su carácter circunstancial y transitorio, se estatuiría en cumplimiento de una orden judicial dictada con el fin de hacer prevalecer la supremacía de la Constitución y asegurar la primacía de los derechos fundamentales; escenario ante el cual el juez contencioso no podría más que mostrarse respetuoso de la colaboración armónica entre dos poderes públicos (la justicia constitucional y el ejecutivo) que no tiene otro fin que remediar el atentado contra la Constitución que resulta de un indefinido y deliberado vacío legal en un asunto constitucionalmente reservado a la ley¹⁹¹. Lo anterior, sin contar con que un arreglo semejante incluso tornaría dicho reglamento en un acto de ejecución, exento del control de esta jurisdicción (artículos 75 y 169.3 del CPACA)¹⁹².

191 En este sentido, véase, de esta Sección, el auto de 27 de agosto de 2015, Rad. No. 11001032400020150019400. C.P.: María Elizabeth García González, por medio del cual se negó la suspensión provisional de la Resolución No. 1216 de 20 de abril de 2015, “*Por medio de la cual se da cumplimiento a la orden cuarta de la sentencia T-970 de 2014 de la Honorable Corte Constitucional en relación con las directrices para la organización y funcionamiento de los Comités para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad*”, expedida por el Ministro de Salud y Protección Social. En él se destaca que en la sentencia T-970 de 2014 y en el auto 098 de 2015 la Corte Constitucional fue enfática en señalar que producto de la inacción reiterada del legislador el derecho fundamental a la muerte digna ha visto comprometida su eficacia práctica; razón que llevó a que de manera excepcional, como ha sucedido en otras materias (*habeas data*, consulta previa o los derechos de las víctimas), haya tenido que ser regulado por su propia jurisprudencia. Y destaca que las órdenes impartidas al Ministerio de Salud y Protección Social se limitaron a desarrollar aspectos relacionados con las funciones típicas de la Administración, sin ninguna incidencia en la configuración de los elementos esenciales del derecho a la muerte digna.

192 Sobre el carácter no controlable de los actos administrativos de ejecución, véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de mayo 27 de 2010, Rad. No. 25000-23-24-000-2009-00045-01. C.P.: Rafael Ostau de Lafont Pianeta. En sentido análogo, véase de la misma Sala de Decisión, el fallo de 29 de agosto de 2013, Rad. No. 11001032600020050003800. C.P.: María Claudia Rojas Lasso.

4.1.5. Análisis del fundamento de las instrucciones impartidas en la Circular No. 003 de 2013.

Ahora, que LA SUPERINTENDENCIA haya fundamentado la Circular No. 003 de 2013 en precedentes de la jurisprudencia constitucional y optado, como quedó visto, por la universalización y normativización de estas reglas por medio de una circular administrativa, no supone necesariamente que las instrucciones impartidas sean inválidas. Primero, porque como sustento adicional invoca normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad¹⁹³ y “los mandatos legales de la ley 100 de 1993, de la ley 1122 de 2007, de la ley 1438 de 2011 y del Decreto No. 1018 de 2007”¹⁹⁴. Segundo, porque tal como lo ha establecido la jurisprudencia de esta Sección, la falta de citación de la norma que faculta a la administración para expedir un acto administrativo no implica necesariamente su anulación, ya que de estar clara dicha competencia esta omisión administrativa puede tenerse por puramente formal y, por lo tanto, carente de la virtualidad de viciar la validez del acto¹⁹⁵. Si esto es así en el caso de la falta de citación, más aún debe serlo en los casos en los que se produce una referencia genérica o deficiente en este extremo de la actuación administrativa, o allí donde se observa una citación equivocada del fundamento normativo de la decisión. Máxime cuando se trata de un asunto en el que está en juego la efectividad de un derecho fundamental como el reconocido por la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006.

Por ende, procederá la Sala a valorar si las instrucciones impartidas cuentan o no con un fundamento legal o constitucional adecuado. En últimas, como es señalado en el escrito presentado por las personas asociadas a DEJUSTICIA, son varias las disposiciones constitucionales y legales que brindan un sustento claro a algunas de las instrucciones impartidas por LA SUPERINTENDENCIA¹⁹⁶. Mal podría entonces la Sala ignorar esa circunstancia y desconocer que en tales casos, pese a su eventual falta de invocación expresa, su virtualidad como fundamento adecuado de la actividad de supervisión a cargo de LA SUPERINTENDENCIA opera *ipso jure*.

193 En el punto III de las consideraciones, dedicado a explicar el fundamento jurídico internacional de la Circular, se referencian como sustento de la instrucción impartida la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belem do Pará) y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

194 Véase el último párrafo de las consideraciones de la Circular No. 003 de 2013.

195 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 9 de septiembre de 1975, Rad. No. 2272. C.P.: Humberto Mora Osejo.

196 Folios 171-185.

Con el fin de determinar si cada una de las instrucciones impartidas tiene o no un sustento normativo adecuado, se tomarán en cuenta las referencias ofrecidas tanto por la entidad demandada en la Circular y en su contestación de la demanda, como por las organizaciones que intervienen en el proceso en defensa de la legalidad del acto atacado, así como aquellas disposiciones legales que la Sala juzga básicas dentro del SGSSS.

a) Valoración global de la Circular No. 003 de 2013 a la luz de la exigencia de la reserva de ley estatutaria prevista por el artículo 152 de la Constitución.

Como se mencionó *ut supra*¹⁹⁷, de conformidad con lo previsto por el artículo 152 literal a) de la Carta, la legislación en materia de derechos y deberes fundamentales de las personas y de procedimientos y recursos para su protección debe ser objeto de desarrollo por el legislador en aplicación del procedimiento especial fijado por el artículo 153 ídem. Con todo, el carácter amplio e indeterminado de esta materia y el efecto irradiación propio de los derechos fundamentales, en virtud del cual se proyectan en todas las direcciones y relaciones jurídicas, ha motivado que la misma jurisprudencia constitucional afirme que “la reserva debe ser interpretada de manera restrictiva, pues toda regulación legal podría, eventualmente, “tocar”, afectar o regular en alguna medida un derecho fundamental”¹⁹⁸.

En consecuencia, en aras de promover el principio democrático y salvaguardar la efectividad de las mayorías simples, la Corte Constitucional ha determinado que “cuando el legislador regula de manera **integral, estructural y completa**¹⁹⁹ un derecho fundamental, requiriendo para una ello el trámite consagrado en el artículo 153 Constitucional, **la pretensión de integralidad y exhaustividad debe referirse a los elementos estructurales del derecho**”²⁰⁰. En estas condiciones, de conformidad con la comprensión restrictiva de la reserva de ley estatutaria prohijada por la jurisprudencia constitucional, ésta solo se activa en presencia de la regulación de un derecho fundamental que cumpla con las características

197 Véase el apartado 4.1.1 de esta providencia.

198 Corte Constitucional, sentencia C-035 de 2015.

199 Ver las sentencias C-646 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-319 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

200 Corte Constitucional, sentencia C-818 de 2011.

formales de ser integral y completa y que además, desde una óptica material, desarrolle aspectos estructurales del mismo.

Para la Sala, pese a normar diferentes asuntos relacionados con la IVE, **la Circular No. 003 de 2013 no puede ser calificada como una regulación integral ni completa de este derecho fundamental**, pues es claro que se trata apenas de reglas básicas, que antes que agotar la materia y definir su régimen de manera exhaustiva, buscan asegurar de forma mínima su efectividad. Esta sola circunstancia excluye la exigencia de que la cobertura legal requerida sea especial (*rectius* ley estatutaria) y valida su expedición con base en disposiciones legales ordinarias, sea que éstas hayan sido adoptadas por el procedimiento ordinario, sea que formen parte del bloque de constitucionalidad y hayan resultado de la aplicación del procedimiento especial de adopción de tratados internacionales. En este orden, por ser una regulación que no define de manera integral y completa el régimen de la IVE, lo referente al criterio de la estructuralidad de los contenidos normativos impuestos, también empleado por la jurisprudencia constitucional a efectos de determinar la extensión de la reserva de ley estatutaria, no será tenido en cuenta. Esto, debido a que entraña una valoración material del contenido dispositivo impuesto que está supeditada a que los preceptos examinados formen parte de una regulación formalmente susceptible de ser catalogada de integral y completa, no siendo procedente su evaluación allí donde no se supere ese primer nivel de escrutinio.

Por lo anterior, la ausencia de una ley estatutaria que enmarque las decisiones de la Circular No. 003 de 2013 de LA SUPERINTENDENCIA no puede ser considerado como un argumento invalidante de sus instrucciones.

b) Estudio detallado del fundamento legal de las instrucciones que conforman la Circular No. 003 de 2013.

Dada la importancia del fundamento legal de las instrucciones dentro del juicio de validez que se lleva a cabo, el cuadro que se presenta a continuación representa de manera gráfica la presencia o no de una base legal adecuada en relación con cada instrucción examinada. Con base en la información consignada en él se realizará el correspondiente análisis particularizado respecto de cada uno de los dispositivos enjuiciados.

INSTRUCCIÓN	FUNDAMENTO NORMATIVO
<p>Primera. IVE. Los Prestadores de Servicios de Salud, las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios, públicos o privados, de carácter laico o confesional y las Entidades Territoriales, están en la obligación de prestar el servicio de interrupción voluntaria del embarazo a mujeres incursas en cualquiera de las causales establecidas en la Sentencia C-355 de 2006, en cumplimiento de los principios de igualdad, universalidad, calidad, seguridad y eficiencia.</p>	<p>Constitución:</p> <p>Artículo 16. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.</p> <p>Artículo 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades.- La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación.</p> <p>Artículo 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.</p> <p>Corte Constitucional, sentencia C-355 de 2006. Parte resolutive:</p> <p>“Tercero. 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”.</p> <p>Ley 100 de 1993²⁰¹:</p> <p>Artículo 1º- Sistema de seguridad social integral. El sistema de seguridad social integral tiene por</p>

201 "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones".

objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten.

El sistema comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, materia de esta ley, u otras que se incorporen normativamente en el futuro.

Artículo 2º- Principios. El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación:
(...)

Artículo 159.- Garantías de los afiliados. Se garantiza a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud la debida organización y prestación del servicio público de salud, en los siguientes términos:

1. La atención de los servicios del plan obligatorio de salud del artículo 162 por parte de la entidad promotora de salud respectiva a través de las instituciones prestadoras de servicios adscritas.
(...)

Artículo 162.- Plan de salud obligatorio. Artículo declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-663 de 1996. El sistema general de seguridad social de salud crea las condiciones de acceso a un plano obligatorio de salud para todos habitantes del territorio nacional antes del año 2001. Este plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico,

	<p>tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan.</p> <p>(...)</p> <p>Parágrafo. 2º.- Los servicios de salud incluidos en el plan obligatorio de salud serán actualizados por el consejo nacional de seguridad social en salud, de acuerdo con los cambios en la estructura demográfica de la población, el perfil epidemiológico nacional, la tecnología apropiada disponible en el país y las condiciones financieras del sistema.</p> <p>Parágrafo. 3º.- La Superintendencia Nacional de Salud verificará la conformidad de la prestación del plan obligatorio de salud por cada entidad promotora de salud en el territorio nacional con lo dispuesto por el consejo nacional de seguridad social en salud y el Gobierno Nacional.</p> <p>(...)</p> <p>Parágrafo. 5º.- Para la prestación de los servicios del plan obligatorio de salud, todas las entidades promotoras de salud establecerán un sistema de referencia y contrarreferencia para que el acceso a los servicios de alta complejidad se realice por el primer nivel de atención, excepto en los servicios de urgencias. El Gobierno Nacional, sin perjuicio del sistema que corresponde a las entidades territoriales, establecerá las normas.</p> <p>Acuerdo No. 029 de 2011 de la Comisión de Regulación en Salud²⁰²:</p> <p>Artículo 2º. Plan Obligatorio de Salud. El Plan Obligatorio de Salud es el conjunto de tecnologías en salud a que tiene derecho, en caso de necesitarlo, todo afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud y cuya prestación debe ser</p>
--	--

²⁰² "Por el cual se sustituye el Acuerdo 028 de 2011 que define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud".

	<p>garantizada por las entidades promotoras de salud.</p> <p>Artículo 7. Garantía de acceso a los servicios de salud. Las entidades promotoras de salud deberán garantizar a los afiliados el acceso efectivo al Derecho a la Salud a través de la prestación de las tecnologías en salud incluidas en el presente Acuerdo.</p> <p>Resolución No. 4905 de 2006 del Ministerio de Protección Social²⁰³:</p> <p>Artículo 1º. Objeto.- Mediante la presente Resolución se adopta la norma técnica para la atención de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, IVE, se adiciona la Clasificación única de Procedimientos, en los códigos relacionados con estos servicios para garantizar la atención integral y oportuna de las gestantes en los casos y condiciones definidos en la Sentencia C-355-06 de la honorable Corte Constitucional.</p> <p>Artículo 2º. Campo de aplicación.- Las disposiciones de la presente resolución 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.</p>
<p>Segunda. Medidas administrativas y obstáculos inconstitucionales a la práctica de la IVE. Los Prestadores de Servicios de Salud, las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios, públicos o privados, de carácter laico o confesional y las Entidades Territoriales, tienen</p>	<p>Corte Constitucional, sentencia T-209 de 2008 y T-388 de 2009.</p> <p>Sentencia T-209 de 2008: En el caso de una niña de 13 años que había sido violada y cuya IVE no pudo ser realizada porque los profesionales de la salud disponibles</p>

²⁰³ “Por la cual se adopta la Norma Técnica para la atención de la Interrupción Voluntaria del Embarazo -IVE-, se adiciona la Resolución 1896 de 2001 y se dictan otras disposiciones”.

<p>prohibido generar obstáculos o exigir requisitos adicionales a los señalados en la Sentencia C-355 de 2006 para prestar servicios de interrupción voluntaria del embarazo, por tal razón deben:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Contar con profesionales de la salud sensibilizados en género y capacitados en la prestación de servicios de IVE con el fin de que cumplan con sus obligaciones constitucionales y legales de respetar los derechos de las mujeres. 2. Tomar las medidas conducentes a evitar que el personal médico, asistencial y/o administrativo, exija documentos o requisitos adicionales a los establecidos en la Sentencia C-355 de 2006 para la práctica del procedimiento de IVE. Entre las actuaciones prohibidas, se pueden enunciar las siguientes: <ol style="list-style-type: none"> i. Realizar juntas médicas, de revisión o de aprobación por auditores que ocasionan tiempos de espera injustificados para la práctica de la IVE. ii. Exigir a las adolescentes menores de 14 años en estado de gravidez, el consentimiento de sus representantes legales para acceder a los servicios de IVE. iii. Exigir, (a) dictámenes de medicina forense; (b) órdenes judiciales; (c) exámenes de salud adicionales (d) autorización por parte de familiares, asesores jurídicos, auditores, médicos y pluralidad de profesionales de la salud. iv. Alegar objeción de conciencia colectiva e institucional. v. Suscribir pactos individuales o conjuntos - para negarse a practicar la interrupción del embarazo. vi. Acogerse a formatos o plantillas de adhesión que incidan en que las entidades hospitalarias no cuenten en su planta de personal con médicos dispuestos a prestar los servicios de IVE. vii. Descalificar conceptos expedidos por psicólogos a quienes la Ley 1090 de 2006 les reconoce el estatus de profesionales de la salud. viii. Incumplir con los parámetros del sistema de referencia y 	<p>sistemáticamente objetaron de conciencia, consideró:</p> <p>“De acuerdo a lo anteriormente expuesto los requisitos para que el aborto no constituya delito y para que un médico pueda abstenerse de practicar un aborto aduciendo objeción de conciencia son los siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.- El aborto no constituye delito cuando se solicita voluntariamente por una mujer presentando la denuncia penal debidamente formulada en caso de violación o de inseminación artificial no consentida, transferencia de ovulo fecundado no consentida o incesto, certificado médico de estar en peligro la vida de la madre, o certificado médico de inviabilidad del feto. 2. Los profesionales de la salud en todos los niveles tiene la obligación ética, constitucional y legal de respetar los derechos de las mujeres. 3.- Los médicos o el personal administrativo no puede exigir documentos o requisitos adicionales a los mencionados en el numeral primero, con el fin de abstenerse de practicar o autorizar un procedimiento de IVE. 4.- La objeción de conciencia no es un derecho del que son titulares las personas jurídicas. 5.- La objeción de conciencia es un derecho que solo es posible reconocer a las personas naturales. 6.- La objeción de conciencia debe presentarse de manera individual en un escrito en el que se expongan debidamente los fundamentos. 7.- La objeción de conciencia no puede presentarse de manera colectiva. 8.- La objeción de conciencia debe fundamentarse en una convicción de carácter religioso. 9.- La objeción de conciencia no puede fundamentarse en la opinión del médico en torno a si está o no de acuerdo con el aborto. 10.- La objeción de conciencia no puede vulnerar los derechos
--	--

contrarreferencia para impedir la práctica de la IVE.

Esta enunciación de medidas o prácticas restrictivas de IVE, no es taxativa. Cualquier otra medida análoga o que conduzca al mismo resultado inconstitucional constituye violación del régimen jurídico vigente.

3. Las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios, las Entidades Territoriales y en general las entidades responsables del pago deben constituir y garantizar el funcionamiento de un sistema de referencia y contrarreferencia que permita contar con un número adecuado de prestadores de servicios de salud habilitados para prestar los servicios de interrupción voluntaria del embarazo.

4. Permitir a las mujeres que accedan a la IVE de manera real, oportuna y efectiva con servicios de calidad dentro del marco del Sistema de Seguridad Social en Salud en todos los niveles de complejidad.

5. Los actores del Sistema de Seguridad Social en Salud no pueden generar barreras administrativas que den lugar a la dilación de la prestación del servicio de IVE.

6. Los entes territoriales deben vigilar que los servicios de IVE estén disponibles en todo el territorio nacional. Los departamentos, distritos y municipios deben contar con una amplia red pública que garantice la prestación del servicio de IVE.

fundamentales de las mujeres.

11.- El médico que se abstenga de practicar un aborto con fundamento en la objeción de conciencia tiene la obligación de remitir inmediatamente a la mujer a otro médico que si pueda llevar a cabo el aborto. Y, en el caso de las IPS, éstas deben haber definido previamente cual es el médico que está habilitado para practicar el procedimiento de IVE.

12.- Cuando se presenta objeción de conciencia el aborto debe practicarse por otro médico que esté en disposición de llevar a cabo el procedimiento de IVE, 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, o en su defecto por el Ministerio de la Protección Social, conforme a las normas pertinentes.

13. El Sistema de Seguridad Social en Salud debe garantizar un número adecuado de proveedores habilitados para prestar los servicios de interrupción del embarazo.

14.- Las mujeres tienen derecho al acceso real, oportuno y de calidad al Sistema de Seguridad Social en Salud cuando soliciten la interrupción de su embarazo, en todos los grados de complejidad del mismo.

15.- El Sistema de Seguridad Social en salud no puede imponer barreras administrativas que posterguen innecesariamente la prestación del servicio de IVE.

16.- El incumplimiento de las anteriores provisiones da lugar a la aplicación de las sanciones previstas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud".

T-388 de 2009: En el caso de una mujer frente a la cual los exámenes practicados evidenciaron malformaciones del feto que dieron lugar a que la Junta Médica avalara la IVE, pero que no se pudo llevar a cabo por diferentes barreras administrativas impuestas por la EPS y por el médico tratante (solicitud de

autorización judicial, negativa a realizar exámenes de diagnóstico para determinar la causa de las malformaciones, etc.), la Corte consideró:

“Vistas las cosas de la manera descrita hasta este lugar, se concluye lo siguiente:

(i) Las mujeres puestas bajo las hipótesis contenidas en la sentencia C-355 de 2006 gozan del derecho a decidir libres de presión, coacción, apremio, manipulación y, en general, cualquier suerte de intervenciones inadmisibles respecto de la interrupción voluntaria de su embarazo. Es este un derecho de las mujeres quienes aún colocadas en los supuestos allí determinados también pueden elegir con libertad llevar a término su embarazo.

(ii) Todas las mujeres deben poder contar con la información suficiente, amplia y adecuada que les permita ejercer a cabalidad y en libertad sus derechos sexuales y reproductivos, lo que incluye, el derecho a estar plenamente enteradas respecto de lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006 así como en el Decreto 4444 de diciembre 13 de 2006 *“Por el cual se reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva”*.

(iii) Los servicios de interrupción del embarazo bajo las hipótesis contempladas en la sentencia C-355 de 2006 deben estar **disponibles en todo el territorio nacional** - bajo estricto seguimiento de los postulados de referencia y contrarreferencia - y las mujeres en estado de gravidez

han de poder acceder a los mismos en todos los niveles de complejidad que lo requieran.

(iv) Las personas profesionales de la salud y, en general, el personal de salud que atienda la solicitud de las mujeres relativa a la interrupción voluntaria de su embarazo están obligados a ofrecer plena garantía de confidencialidad y, en consecuencia, a respetar el derecho de las mujeres a la intimidad y a la dignidad. Guardar el secreto profesional se convierte en una obligación de primer orden para los prestadores de servicios de salud en relación con este tópico.

(v) Ni las mujeres que optan por interrumpir voluntariamente su embarazo bajo las hipótesis previstas en la sentencia C-355 de 2006, ni quienes atienden su solicitud, pueden ser víctimas de discriminación o de prácticas que limiten de alguna forma o impidan su acceso al lugar de trabajo o a centros educativos o su afiliación al sistema general de salud o riesgos profesionales.

(vi) Los departamentos, distritos y municipios están obligados a asegurar la **suficiente disponibilidad de servicios de la red pública** con el propósito de garantizarles a las mujeres gestantes el acceso efectivo al servicio de interrupción voluntaria del embarazo en condiciones de calidad y de salubridad.

(vii) Ninguna entidad prestadora de salud – sea pública o privada, confesional o laica - puede negarse a la interrupción

voluntaria del embarazo cuando la mujer se encuentra bajo los supuestos establecidos en la sentencia C-355 de 2006 – cualquiera que sea el tipo de afiliación a la seguridad social que tenga la mujer y con independencia de su condición social, económica, edad, capacidad de pago, orientación sexual o etnia -.

(viii) Está terminantemente prohibido elevar obstáculos, exigencias o barreras adicionales a las establecidas en la referida sentencia C- 355 para la práctica del aborto en los supuestos allí previstos. Entre las barreras inadmisibles se encuentran, entre otras:

- Realizar juntas médicas, de revisión o de aprobación por auditores que ocasionan tiempos de espera injustificados para la práctica del aborto inducido.
- Impedir a las niñas menores de 14 años en estado de gravidez exteriorizar libremente su consentimiento para efectuar la interrupción voluntaria del embarazo, cuando sus progenitores o representantes legales no están de acuerdo con dicha interrupción.
- Imponer requisitos adicionales, verbigracia, exigir: (a) dictámenes de medicina forense; (b) órdenes judiciales; (c) exámenes de salud que no son practicados de manera oportuna; (d) autorización por parte de familiares, asesores jurídicos, auditores, médicos y pluralidad de galenos.

	<ul style="list-style-type: none">• Alegar objeción de conciencia colectiva que desencadena, a su turno, objeciones de conciencia, institucionales e infundadas.• Suscribir pactos – individuales o conjuntos - para negarse a practicar la interrupción del embarazo.• Acogerse a formatos o plantillas de adhesión que incidan en que las entidades hospitalarias no cuenten en su planta de personal con médicos dispuestos a prestar los servicios de interrupción voluntaria del embarazo, sea por cuanto estos (as) profesionales de la medicina son víctimas de discriminación en el momento en que se efectúa su vinculación laboral o por cuanto, una vez vinculados (as), reciben presiones en el sentido de abstenerse de practicar abortos.• Descalificar conceptos médicos expedidos por psicólogos a quienes Ley 1090 de 2006 les reconoce el status de profesionales de la salud.• Ser reticentes en cumplir a cabalidad con las reglas de referencia y contrarreferencia imprescindibles para atender eventos en los que el servicio médico – en este caso la práctica del aborto inducido – no está disponible en el centro hospitalario al que acude la paciente.• No disponer dentro de algunas redes públicas de prestadores del servicio de salud en los niveles departamental, distrital y municipal del servicio de interrupción voluntaria del embarazo”.
--	--

Tercera. Mujeres en condición de discapacidad. Los Prestadores de Servicios de Salud, las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios, públicos o privados, de carácter laico o confesional y las Entidades Territoriales, en casos de mujeres en condición de discapacidad no pueden elevar obstáculos ni exigir requisitos adicionales a los contemplados en la C-355 de 2006 para la prestación del servicio de IVE. En esa eventualidad la solicitud de la IVE puede efectuarla cualquiera de sus representantes legales u otra persona que actúe en su nombre, sin requisitos formales adicionales al denuncia penal por acceso o acto carnal violento o abusivo.

Constitución:

Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Artículo 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

Ley 51 de 1981²⁰⁴:

Artículo 2°.

Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de

204 "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".

	<p>la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;</p> <p>(...)</p> <p>d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;</p> <p>e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;</p> <p>(...)</p> <p>Ley 100 de 1993:</p> <p>Artículo 153. Principios del sistema general de seguridad social en salud. <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 1438 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Son principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud:</p> <p>(...)</p> <p>3.3 Igualdad. El acceso a la Seguridad Social en Salud se garantiza sin discriminación a las personas residentes en el territorio colombiano, por razones de cultura, sexo, raza, origen nacional, orientación sexual, religión, edad o capacidad económica, sin perjuicio de la prevalencia constitucional de los derechos de los niños.</p> <p>(...)</p> <p>3.6 Enfoque diferencial. El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, raza, etnia, condición de discapacidad y víctimas de la violencia para las cuales el Sistema General de Seguridad Social en Salud ofrecerá especiales garantías y esfuerzos encaminados a la eliminación de las situaciones de discriminación y marginación.</p>
Cuarta. Objeción de conciencia. Los	Corte Constitucional, sentencias

Prestadores de Servicios de Salud, las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios, públicos o privados, de carácter laico o confesional y las Entidades Territoriales, deben tener presente que la objeción de conciencia para IVE en cuanto manifestación de íntimas e irrenunciables convicciones morales, filosóficas o religiosas, es un derecho personalísimo que solo es posible reconocerlo a las personas naturales, en este caso a los prestadores directos del servicio y no a personal administrativo; por lo tanto, de su titularidad se encuentran excluidas las personas jurídicas. De lo anterior se concluye que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o entidades similares, que tengan legalmente la posibilidad de presentar una objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se cumplan cualquiera de las condiciones señaladas en la Sentencia C-355 de 2006.

Conforme a las precedentes jurisprudenciales expuestos en la parte considerativa se señalarán a continuación los requisitos para ejercer el derecho a objetar en conciencia para la práctica de IVE conforme a la Constitución Política:

1. Debe constar por escrito y presentarse de manera individual en donde se expongan debidamente sus fundamentos, los cuales no pueden basarse en la opinión del médico frente al aborto.
2. No se puede presentar de manera colectiva, ni institucional.
3. La objeción de conciencia no puede vulnerar los derechos fundamentales de las mujeres.
4. Quien la alegue tiene la obligación de remitir a la mujer inmediatamente a otro médico que sí lleve a cabo el procedimiento.
5. Los prestadores de servicios de salud, deben definir previamente los profesionales de la salud que realicen el procedimiento.
6. Los prestadores de servicios de salud deben establecer mecanismos para determinar si la objeción de conciencia es o no procedente

T-209 de 2008 y T-388 de 2009 (*vid. supra* instrucción segunda).

<p>conforme con los parámetros establecidos por la profesión médica y demás normas concordantes.</p>	
<p>Quinta. Respeto a la autonomía de las mujeres. Los Prestadores de Servicios de Salud, las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios, públicos o privados, de carácter laico o confesional y las Entidades Territoriales, así como todos los profesionales de la Salud, no pueden decidir por la mujer la práctica de la IVE o la continuación del embarazo.</p>	<p>Constitución:</p> <p>Artículo 16. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.</p> <p>Corte Constitucional, sentencia C-355 de 2006.</p> <p>Ley 51 de 1981²⁰⁵:</p> <p>Artículo 16.</p> <p>1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:</p> <p>(...)</p> <p>e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.</p> <p>Ley 248 de 1995²⁰⁶:</p> <p>Artículo 4.</p> <p>Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:</p> <p>a. el derecho a que se respete su vida;</p> <p>b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral;</p>

205 "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".

206 "Por medio de la cual se aprueba la Convención Internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, suscrita en la ciudad de Belem Do Para, Brasil, el 9 de junio de 1994".

	<p>c. el derecho a la libertad y a la seguridad personales.</p> <p>Artículo 5. Toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Los Estados Partes reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos.</p> <p>Artículo 6. El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.</p>
<p>Sexta. Información. Los Prestadores de Servicios de Salud, las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios, públicos o privados, de carácter laico o confesional y las Entidades Territoriales, deben:</p> <p>1. Brindar a todas las mujeres información, suficiente, amplia y adecuada, así como orientación, apoyo y acompañamiento en relación con las alternativas terapéuticas disponibles en la prestación de servicios de IVE, a fin de facilitar el acceso oportuno y eficiente a dichos servicios y permitir que puedan tomar una decisión informada en ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, lo que incluye, el derecho a estar plenamente informadas respecto al alcance de las sentencias de la Corte Constitucional y de la presente Circular.</p> <p>2. Informar al Ministerio de Salud y Protección Social acerca de las instituciones, dentro de su red, habilitadas para prestar servicios de IVE de baja, mediana y alta complejidad, que cuentan con</p>	<p>Ley 100 de 1993:</p> <p>Artículo 153.- Fundamentos del servicio público. Además de los principios generales consagrados en la Constitución política, son reglas del servicio público de salud, rectoras del sistema general de seguridad social en salud las siguientes: (...)</p> <p>5. Prevalencia de derechos. Es obligación de la familia, el Estado y la sociedad en materia de salud, cuidar, proteger y asistir a las mujeres en estado de embarazo y en edad reproductiva, a los niños, las niñas y adolescentes, para garantizar su vida, su salud, su integridad física y moral y su desarrollo armónico e integral. La prestación de estos servicios corresponderá con los ciclos vitales formulados en esta ley, dentro del Plan de Beneficios. (...)</p> <p>12. Libre escogencia. El Sistema General de Seguridad Social en Salud asegurará a los usuarios</p>

profesionales dispuestos a proveer los servicios del IVE.

libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y los prestadores de servicios de salud dentro de su red en cualquier momento de tiempo.

Artículo 159.- Garantías de los afiliados. Se garantiza a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud la debida organización y prestación del servicio público de salud, en los siguientes términos:

1. La atención de los servicios del plan obligatorio de salud del artículo 162 por parte de la entidad promotora de salud respectiva a través de las instituciones prestadoras de servicios adscritas.

(...)

4. La escogencia de las Instituciones Prestadoras de Servicios y de los profesionales entre las opciones que cada Entidad Promotora de Salud ofrezca dentro de su red de servicios.

Artículo 198.- Información a los usuarios. Las instituciones prestadoras de salud deberán garantizar un adecuado sistema de información de sus servicios y atención a los usuarios, mediante la implementación de una línea telefónica abierta con atención permanente 24 horas.

Ley 1122 de 2007²⁰⁷:

Artículo 37. Ejes del Sistema de Inspección, Vigilancia y Control de la Superintendencia Nacional de Salud. Para cumplir con las funciones de inspección, vigilancia y control la Superintendencia Nacional de Salud ejercerá sus funciones teniendo como base los siguientes ejes:

(...)

6. **Información.** Vigilar que los actores del Sistema garanticen la producción de los datos con calidad, cobertura, pertinencia, oportunidad,

207 "Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones".

fluidez y transparencia.

Ley 1438 de 2011²⁰⁸:

Artículo 3°. Principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Modifícase el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente texto: "Son principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud:

(...)

3.14 Transparencia. Las condiciones de prestación de los servicios, la relación entre los distintos actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud y la definición de políticas en materia de salud, deberán ser públicas, claras y visibles.

Artículo 111. Sistema de evaluación y calificación de direcciones territoriales de salud, Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Salud. Como resultado de la aplicación de los indicadores, el Ministerio de la Protección Social desarrollará un sistema de evaluación y calificación de las direcciones territoriales de salud, de Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Salud que permita conocer públicamente a más tardar el primero (1°) de marzo de cada año, como mínimo: número de quejas, gestión de riesgo, programas de prevención y control de enfermedades implementados, resultados en la atención de la enfermedad, prevalencia de enfermedades de interés en salud pública, listas de espera; administración y flujo de recursos.

(...)

Se definirán igualmente indicadores de calidad en la atención, de calidad técnica y de satisfacción del usuario.

Artículo 114. Obligación de reportar. Es una obligación de las

208 "Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones".

	<p>Entidades Promotoras de Salud, los prestadores de servicios de salud, de las direcciones territoriales de salud, las empresas farmacéuticas, las cajas de compensación, las administradoras de riesgos profesionales y los demás agentes del sistema, proveer la información solicitada de forma confiable, oportuna y clara dentro de los plazos que se establezcan en el reglamento, con el objetivo de elaborar los indicadores. Es deber de los ciudadanos proveer información veraz y oportuna.</p> <p>Artículo 116. Sanciones por la no provisión de información. Los obligados a reportar que no cumplan con el reporte oportuno, confiable, suficiente y con la calidad mínima aceptable de la información necesaria para la operación del sistema de monitoreo, de los sistemas de información del sector salud, o de las prestaciones de salud (Registros Individuales de Prestación de Servicios), serán reportados ante las autoridades competentes para que impongan las sanciones a que hubiera lugar. En el caso de las Entidades Promotoras de Salud y prestadores de servicios de salud podrá dar lugar a la suspensión de giros, la revocatoria de la certificación de habilitación. En el caso de los entes territoriales se notificará a la Superintendencia Nacional de Salud para que obre de acuerdo a su competencia.</p>
<p>Séptima. Confidencialidad. Los Prestadores de Servicios de Salud, las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios, públicos o privados, de carácter laico o confesional y las Entidades Territoriales, así como el personal médico asistencial y administrativo que atienda la solicitud de mujeres, para acceder a los servicios de IVE, están obligados a brindar plena confidencialidad y a mantener la reserva legal sobre la</p>	<p>Ley 23 de 1981²⁰⁹:</p> <p>Artículo 1. La siguiente declaración de principios constituye el fundamento esencial para el desarrollo de las normas sobre Ética Médica: (...) 4. La relación médico-paciente es elemento primordial en la práctica médica. Para que dicha relación tenga pleno éxito debe fundarse en</p>

²⁰⁹ "Por la cual se dictan normas en materia de ética médica".

<p>información recibida. Es un imperativo constitucional y legal el respetar el derecho de las mujeres a la intimidad y a la dignidad.</p> <p>En consecuencia, los profesionales de la salud están obligados a mantener el secreto profesional en los términos establecidos por la Ley 23 de 1981 y demás normas concordantes.</p>	<p>un compromiso responsable, leal y auténtico, el cual impone la más estricta reserva profesional.</p> <p>Artículo 34. La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado sometido a reserva que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la Ley.</p>
<p>Octava. No discriminación. Los Prestadores de Servicios de Salud, las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios, públicos o privados, de carácter laico o confesional y las Entidades Territoriales, no pueden ejercer prácticas discriminatorias en contra de las mujeres que soliciten la IVE, ni en contra de quienes atienden la solicitud.</p>	<p>Constitución:</p> <p>Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.</p> <p>El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.</p> <p>El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.</p> <p>Artículo 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.</p> <p>Ley 51 de 1981²¹⁰:</p>

210 "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".

Artículo 2°.

Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;

(...)

d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;

e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;

(...)

Ley 100 de 1993:

Artículo 153. Principios del sistema general de seguridad social en salud.

<Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 1438 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Son principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud:

(...)

3.3 Igualdad. El acceso a la Seguridad Social en Salud se garantiza sin discriminación a las personas residentes en el territorio colombiano, por razones de cultura, sexo, raza, origen nacional, orientación sexual, religión, edad o capacidad económica, sin perjuicio de la prevalencia constitucional de los derechos de los niños.

	<p>Ley 248 de 1995²¹¹:</p> <p>Artículo 4. Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. el derecho a que se respete su vida; b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; c. el derecho a la libertad y a la seguridad personales. <p>Artículo 5. Toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Los Estados Partes reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos.</p> <p>Artículo 6. El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.
<p>Novena. Derecho al diagnóstico. Jurisprudencialmente se ha establecido que <i>“Toda persona tiene derecho a acceder a las pruebas y exámenes diagnósticos indispensables para determinar si requiere o no un servicio de salud”</i>. En virtud de lo expuesto, las mujeres que se encuentren en cualquiera de las</p>	<p>Constitución:</p> <p>Artículo 48. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.</p> <p>Artículo 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del</p>

211 “Por medio de la cual se aprueba la Convención Internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, suscrita en la ciudad de Belem Do Para, Brasil, el 9 de junio de 1994”.

causales de la Sentencia C-355 de 2006 y deseen acceder a una IVE, en ejercicio del derecho a la salud, tienen el derecho de obtener de manera oportuna un diagnóstico de su estado de salud, para poder conocer con precisión, cuáles son los procedimientos, tratamientos o medicamentos que requiere.

Por lo anterior, es una obligación de las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios, garantizar el derecho al diagnóstico. Los Prestadores de Servicios de Salud, en aplicación de tal derecho, deben adoptar protocolos de diagnóstico oportuno que permitan determinar si la mujer se encuentra en los supuestos despenalizados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-355 de 2006, y en consecuencia expedir el certificado médico que dé cuenta de las causales: “(i) *Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer*”, y (ii) “*Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida*”.

Para tales efectos, los prestadores de servicios de salud deben adoptar un protocolo de diagnóstico rápido en el término de 30 días calendario contados a partir de la publicación de la presente Circular (si aún no lo han hecho). Tal protocolo debe ser integral, es decir, incluir una valoración del estado de salud mental de la usuaria. Las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios y las Entidades Territoriales deberán informar a esta Superintendencia, en el informe semestral de Red de Prestadores, sobre el cumplimiento de esta obligación en su respectiva red.

Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Ley 23 de 1981:

Artículo 3. El médico dispensará los beneficios de la medicina a toda persona que los necesite, sin más limitaciones que las expresamente señaladas en esta Ley.

Artículo 10. El médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente.

Parágrafo. El médico no exigirá al paciente exámenes innecesarios, ni lo someterá a tratamientos médicos o quirúrgicos que no se justifiquen.

Artículo 15. El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.

Ley 100 de 1993:

Artículo 153. Principios del sistema general de seguridad social en salud. <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 1438 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Son principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud:

(...)

3.18. Irrenunciabilidad. El derecho a la Seguridad Social en Salud es irrenunciable, no puede renunciarse a él ni total ni parcialmente.

(...)

3.20 Prevención. Es el enfoque de precaución que se aplica a la gestión

	<p>del riesgo, a la evaluación de los procedimientos y la prestación de los servicios de salud.</p> <p>3.21 Continuidad. Toda persona que habiendo ingresado al Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene vocación de permanencia y no debe, en principio, ser separado del mismo cuando esté en peligro su calidad de vida e integridad.</p> <p>Decreto 2462 de 2013:</p> <p>ARTÍCULO 6o. FUNCIONES. La Superintendencia Nacional de Salud ejercerá las siguientes funciones: (...)</p> <p>4. Emitir instrucciones a los sujetos vigilados sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones normativas que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación. (...)</p> <p>10. Inspeccionar, vigilar y controlar que la prestación de los servicios de salud individual y colectiva, se haga en condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y estándares de calidad, en las fases de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación en los diferentes planes de beneficios, sin perjuicio de las competencias asignadas, entre otras autoridades, a la Superintendencia del Subsidio Familiar, la Superintendencia de la Economía Solidaria y la Superintendencia Financiera.</p>
<p>Décima. Prohibición de juicios de valor. Los Prestadores de Servicios de Salud, las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios, públicos o privados, de carácter laico o confesional y las Entidades Territoriales, deben abstenerse de proferir juicios de valor o juicios de responsabilidad penal sobre las mujeres afiliadas a la entidad que soliciten la práctica de la IVE. Sus actuaciones deberán dirigirse</p>	<p>Ley 23 de 1981:</p> <p>Artículo 11. La actitud del médico ante el paciente será siempre de apoyo. Evitará todo comentario que despierte su preocupación, y no hará pronósticos de la enfermedad sin las suficientes bases científicas.</p> <p>Artículo 10. El médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de</p>

<p>exclusivamente a determinar la procedencia o no procedencia de la interrupción del embarazo bajo parámetros científicos y con apego al orden jurídico vigente.</p>	<p>su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente.</p> <p>Parágrafo. El médico no exigirá al paciente exámenes innecesarios, ni lo someterá a tratamientos médicos o quirúrgicos que no se justifiquen.</p> <p>Artículo 15. El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.</p>
<p>Décima Primera. Tiempo razonable para practicar la IVE. Los Prestadores de Servicios de Salud, las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios, públicos o privados, de carácter laico o confesional y las Entidades Territoriales, deben responder de forma oportuna las solicitudes de IVE. El término razonable para ello y para realizar su práctica (de ser médicamente posible) es de cinco (5) días, contados a partir de la consulta.</p> <p>Las Administradoras de Planes de Beneficios y Entidades Territoriales a quienes se les solicita la práctica de la IVE con base en una certificación médica de un profesional externo, deben proceder, si lo consideran necesario desde el punto de vista médico, a ratificarla o refutarla con fundamentos técnico-científicos, a través de cualquiera de los profesionales de la salud pertenecientes a su red de servicios, con base en la condición médica particular de la gestante, pero tal trámite debe darse en todo caso dentro de los cinco días que constituyen el plazo razonable para contestar la solicitud de IVE y proceder a la misma. De superarse este término, sin que se emita la ratificación o refutación del certificado médico externo, se debe</p>	<p>Corte Constitucional, sentencia T-841 de 2011.</p> <p>En el caso de una niña de 12 años cuyo embarazo no deseado generó una reacción depresivo-ansiosa que llevó a que se dictaminará que su continuidad afectaba su salud mental, además de los riesgos que implicaba para su salud física un embarazo a tan corta edad, pero cuya IVE no fue realizada por haber considerado la EPS que los certificados allegados no eran válidos porque habían sido expedidos por un médico fuera de su red, la Corte Constitucional estimó:</p> <p>“Es necesario determinar entonces si BB E.P.S. violó el derecho fundamental de AA a la IVE. Encuentra la Sala que la respuesta es afirmativa y que ello fue consecuencia de acciones y omisiones imputables a la demandada, que revelan el incumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía del derecho fundamental mencionado.</p> <p>La primera de estas omisiones fue la falta de respuesta oportuna a la solicitud de IVE presentada por AA. De acuerdo con la sentencia T-585</p>

proceder a la realización de la IVE con base en el concepto existente.

de 2010, después de la sentencia C-355 de 2006, el derecho a acceder a los servicios de salud reproductiva incluye el acceso a los servicios de IVE de forma oportuna -en aquellos casos en que no es punible-. Como se explicó, del reconocimiento de este derecho se desprende para las E.P.S. una obligación de garantía consistente en desarrollar, en la órbita de sus competencias, todas las actividades necesarias para que las mujeres que soliciten la IVE, y cumplan los requisitos de la sentencia C-355 de 2006, accedan al procedimiento en condiciones de oportunidad. Resulta evidente para la Sala que una de estas actividades es la respuesta oportuna a las peticiones de IVE, pues éste es el primer paso para acceder al servicio de forma igualmente oportuna.

En el asunto de la referencia, tal obligación de garantía fue desatendida por BB. En efecto, AA presentó la petición a la E.P.S. demandada el veinticinco (25) de abril de 2011²¹² y hasta el momento de interposición de la presente acción de tutela -once (11) de mayo de dos mil once (2011)²¹³- habían transcurrido dieciséis días sin respuesta alguna. Según indica la misma la E.P.S. en su escrito de contestación²¹⁴, sólo se disponía a iniciar las actividades encaminadas a responder la solicitud el veinticuatro (24) de mayo de 2011 -casi un mes después- fecha en la cual un médico adscrito a la E.P.S. valoraría a la niña. Nótese además que, revisado el expediente, se comprueba que esta valoración ni siquiera se produjo por iniciativa de la E.P.S. como parte del trámite de la solicitud de IVE que se había presentado, sino como consecuencia de una solicitud de cita médica realizada por la accionante a raíz de un dolor de estómago sufrido por AA²¹⁵.

212 Folio 6, cuaderno 1.

213 Folio 31, cuaderno 1.

214 Folios 125 y siguientes, cuaderno 1.

215 Folio 30, cuaderno 1.

	<p>El término de casi un mes –que se tomó la E.P.S. demanda para iniciar apenas las acciones dirigidas a contestar la solicitud de AA- de ningún modo es razonable tratándose de una IVE, ya que con cada mes de gestación se hace más riesgoso y complejo su procedimiento de interrupción. Desde la expedición de la resolución 000495 de 2006 del Ministerio de Protección Social²¹⁶, se consideró que un plazo razonable para dar respuesta a la petición de IVE y llevarla a cabo –si ello es médicamente posible- son cinco días, término que es mucho menor a un mes e incluso más reducido que los quince (15) días estipulados en el artículo 6 del Código Contencioso Administrativo para dar respuesta al derecho de petición. La brevedad de este plazo responde precisamente a la urgencia de la realización del procedimiento en aras de minimizar su complejidad y riesgos.</p> <p>(...)</p> <p>En el escrito allegado al despacho del Magistrado Ponente durante el trámite de revisión, la abogada de la peticionaria informa que, después de negado el amparo, se realizó una <i>“junta médica maternofetal”</i> y, más o menos un mes y tres semanas después de la petición inicial²¹⁷, la E.P.S. demandada les comunicó telefónicamente que <i>“los médicos habían decidido no realizar la IVE, pues consideraban que la vida de AA no se encontraba en grave peligro”</i>²¹⁸. Aún si estas afirmaciones son tomadas por ciertas -la abogada de la peticionaria no adjunta ningún soporte documental a su escrito-, no soslayan la conclusión anterior según la cual el juez ha debido ordenar la IVE con base en los certificados médicos de los profesionales externos, no sólo porque estos</p>
--	---

216 Ver artículo 5.

217 Aproximadamente el dieciséis (16) de junio de 2011.

218 Folios12-33, cuaderno principal.

hechos ocurrieron con posterioridad a la decisión judicial, sino porque la actividad de la E.P.S. fue sumamente tardía –se tomó más de un mes-. Se recuerda además que no se trataba de determinar si la vida de AA estaba en grave peligro sino de verificar que estaba afectada su salud física o mental.

Aclara entonces la Sala que la línea jurisprudencial sobre las prescripciones de los médicos externos, aplicada a la IVE, significa que la E.P.S, I.P.S. o profesional de la salud adscrito a quien se le solicita su práctica con base en una certificación médica de un profesional de la salud externo debe proceder, si lo considera necesario desde el punto de vista médico, a refrendarla o refutarla científicamente a través de sus profesionales de la salud con base en la condición médica particular de la gestante, pero tal trámite debe darse en todo caso dentro de los cinco días que constituyen el plazo razonable para contestar la solicitud de IVE y proceder a la misma²¹⁹.

Ello por la imperiosa necesidad de realizar prontamente la IVE con el objetivo de que la intervención sea lo más sencilla posible y la mujer que se someta a ella corra también el menor riesgo posible. Permitir un debate científico y médico que se extienda más allá de este término dilataría la realización de una intervención médica que se hace más compleja y riesgosa entre más avanza la gestación y podría llegar a frustrar la posibilidad de realizar la IVE si el nacimiento se produce. Así las cosas, si el juez de tutela verifica que existe certificado médico de un profesional de la salud no adscrito, que no ha sido refutado científicamente en los cinco días siguientes a la solicitud de IVE, por la E.P.S., I.P.S. o un profesional de la salud adscrito, con base en la

219 Esto último en caso de que sea médicamente viable.

	condición médica particular de la gestante, debe proceder a ordenarla con base en el concepto del primero”.
<p>Decima Segunda. No existencia de restricción temporal para la IVE. Los Prestadores de Servicios de Salud, las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios, públicos o privados, de carácter laico o confesional y las Entidades Territoriales, deben conocer que en ausencia de una norma legal que establezca una restricción de carácter temporal para la IVE en las hipótesis despenalizadas, se debe garantizar el mínimo reconocido en la Sentencia C-355 de 2006.</p> <p>No existe una regla general que impida la IVE después de cierto tiempo de gestación, por lo cual no corresponde a ninguna autoridad establecerla. Así, la decisión sobre la realización de la IVE en cada etapa de la gestación debe ser tomada en cada caso concreto mediante una ponderación de (i) la causal de que se trate, (ii) de criterios médicos soportados en la condición física y mental particular de la mujer gestante y, en todo caso, (iii) del deseo de la misma. Como toda intervención médica, la práctica de la IVE en estas condiciones debe estar precedida de un consentimiento idóneo e informado sobre el procedimiento a realizar y sus riesgos y beneficios.</p>	<p>Corte Constitucional, sentencias C-355 y T-841 de 2011.</p> <p>En la sentencia T-841 de 2011, cuyo caso fue relatado <i>ut supra</i>, se consideró que:</p> <p>“(…) ni la sentencia C-355 de 2006 ni ninguna norma legal ha fijado límite temporal alguno para la realización de la IVE en los casos despenalizados, lo que no permite que el juez –u otra autoridad o particular que participe en el sistema de salud- establezca una regla general que la impida después de cierto tiempo de gestación, como lo sugirió el juez de instancia. Por lo anterior, la segunda de las razones ofrecida por el mismo tampoco justificaba la negativa del amparo.</p> <p>La sentencia C-355 de 2006 constituye el contenido mínimo del derecho fundamental a la IVE, el cual puede ser ampliado por el legislador. Recuérdese que en esta decisión la Sala Plena indicó que <i>“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. Sin embargo, además de estas hipótesis, el legislador puede prever otras en las cuales la política pública frente al aborto no pase por la sanción penal”</i>. Así mismo, las condiciones de ejercicio del derecho fundamental a la IVE pueden ser desarrolladas por el legislador, siempre y cuando se respete y garantice el contenido mínimo del derecho que fue reconocido por esta Corte. En este sentido, el legislador podría, por ejemplo, establecer un periodo de tiempo en el cual la sola voluntad de la mujer baste para acceder a la IVE o fijar un límite máximo razonable</p>

para la utilización de las causales hasta ahora despenalizadas, lo cual hasta el momento no ha ocurrido.

En ausencia de una norma legal que establezca una restricción de carácter temporal para la IVE en las hipótesis despenalizadas, esta Sala debe garantizar el mínimo reconocido en la sentencia C-355 de 2006 pues en esta se dejó claro que la falta de desarrollo legal no podía implicar la negación del derecho a la IVE. Con ello en mente, la Sala estima que la decisión sobre la realización de la IVE en una etapa de gestación cercana al nacimiento – que ni siquiera era el caso de AA, quien tenía menos de cinco meses de embarazo al momento de la interposición de la tutela²²⁰ - debe ser tomada en cada caso concreto mediante una ponderación de (i) la causal de que se trate, (ii) de criterios médicos soportados en la condición física y mental particular de la mujer gestante y, en todo caso, (iii) del deseo de la misma. Como toda intervención médica, la práctica de la IVE en estas condiciones debe estar precedida de un consentimiento idóneo e informado sobre el procedimiento a realizar y sus riesgos y beneficios”.

Artículo 243 de la Constitución. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

Ley 23 de 1981:

Artículo 16. La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto. // El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados.

	<p>Artículo 10. Derechos y deberes de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud. Las personas tienen los siguientes derechos relacionados con la prestación del servicio de salud:</p> <p>(...)</p> <p>c) A mantener una comunicación plena, permanente, expresa y clara con el profesional de la salud tratante;</p> <p>d) A obtener una información clara, apropiada y suficiente por parte del profesional de la salud tratante que le permita tomar decisiones libres, conscientes e informadas respecto de los procedimientos que le vayan a practicar y riesgos de los mismos. Ninguna persona podrá ser obligada, contra su voluntad, a recibir tratamiento de salud;</p>
<p>Décima Tercera. Sanciones. La inobservancia e incumplimiento de las instrucciones impartidas en la presente circular, acarrearán la imposición de las sanciones previstas en la Ley, tanto a título personal como institucional, a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud, conforme a lo establecido en la Constitución y la ley, sin perjuicio de las responsabilidades que pueda establecer otro tipo de autoridad.</p>	<p>Ley 1438 de 2011:</p> <p>Artículo 130. Conductas que vulneran el Sistema General de Seguridad Social en Salud y el derecho a la salud. La Superintendencia Nacional de Salud, impondrá multas en las cuantías señaladas en la presente ley o revocará la licencia de funcionamiento, si a ello hubiere lugar, a las personas naturales y jurídicas que se encuentren dentro del ámbito de su vigilancia, así como a título personal a los representantes legales de las entidades públicas y privadas, directores o secretarios de salud o quien haga sus veces, jefes de presupuesto, tesoreros y demás funcionarios responsables de la administración y manejo de los recursos del sector salud en las entidades territoriales, funcionarios y empleados del sector público y privado de las entidades vigiladas por dicha Superintendencia, cuando violen las disposiciones del Sistema General de Seguridad Social en Salud, entre otras, por incurrir en las siguientes conductas:</p> <p>(...)</p> <p>130.7 Incumplir las instrucciones y</p>

	<p>órdenes impartidas por la Superintendencia, así como por la violación de la normatividad vigente sobre la prestación del servicio público de salud y el Sistema General de Seguridad (Sic) Social en Salud.</p>
<p>Décima Cuarta. Inspección, vigilancia y control. En concordancia con lo establecido en los artículos <u>43</u> y <u>176</u> <sic> numeral 4, de la ley 715 de 2001, las Entidades Territoriales ejercerán la inspección, vigilancia y control de los Prestadores de Servicios de Salud, dentro de su jurisdicción para que verifiquen el cumplimiento de las instrucciones que acá se imparten. La Superintendencia Nacional de Salud ejercerá control sobre las entidades territoriales respecto del cumplimiento de este deber legal.</p>	<p>Ley 715 de 2001²²¹:</p> <p>Artículo 43. Competencias de los departamentos en salud. Sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia. Para tal efecto, se le asignan las siguientes funciones:</p> <p>43.1. De dirección del sector salud en el ámbito departamental. (...)</p> <p>43.1.5. Vigilar y controlar el cumplimiento de las políticas y normas técnicas, científicas y administrativas que expida el Ministerio de Salud, así como las actividades que desarrollan los municipios de su jurisdicción, para garantizar el logro de las metas del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud, sin perjuicio de las funciones de inspección y vigilancia atribuidas a las demás autoridades competentes. (...)</p> <p>Artículo 44. Competencias de los municipios. Corresponde a los municipios dirigir y coordinar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el ámbito de su jurisdicción, para lo cual cumplirán las siguientes funciones, sin perjuicio de las asignadas en otras disposiciones: (...)</p> <p>44.1.3. Gestionar y supervisar el</p>

221 Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.

	<p>acceso a la prestación de los servicios de salud para la población de su jurisdicción.</p> <p>Ley 1438 de 2011:</p> <p>Artículo 118. Desconcentración. Con el fin de tener mayor efectividad en las actividades del sistema de inspección, vigilancia y control, la Superintendencia Nacional de Salud se desconcentrará y adicionalmente podrá delegar sus funciones a nivel departamental o distrital. La Superintendencia Nacional de Salud ejecutará sus funciones de manera directa o por convenio interadministrativo con las direcciones departamentales o distritales de salud, acreditadas, en el marco del Sistema Obligatorio de Garantía de la Calidad, las cuales para los efectos de las atribuciones correspondientes responderán funcionalmente ante el Superintendente Nacional de Salud. (...)</p>
<p>Décima Quinta. Obligación de cumplimiento. No obstante las instrucciones anteriores, Los Prestadores de Servicios de Salud, las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios, públicos o privados, de carácter laico o confesional y las Entidades Territoriales, tienen la obligación de acatar todos los fallos de la Corte Constitucional y aplicar las reglas sentadas en la Sentencia C-355 de 2006 y en cualquier otra providencia que establezca parámetros respecto de la práctica de la IVE.</p>	<p>Artículo 243 de la Constitución. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.</p>
<p>Décima Sexta. Derogatoria y Vigencia. La presente circular deroga la Circular <u>003</u> de 2011 y demás las circulares e instrucciones que le sean contrarias y rige a partir de su publicación.</p>	<p>Decreto 2462 de 2013²²²:</p> <p>Artículo 6. Funciones. La Superintendencia Nacional de Salud ejercerá las siguientes funciones: (...) 4. Emitir instrucciones a los sujetos vigilados sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones normativas que regulan su actividad,</p>

222 "Por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud".

	fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación.
--	---

El anterior cotejo permite concluir que de las 16 instrucciones impartidas por LA SUPERINTENDENCIA a los operadores del servicio en la Circular No. 003 de 2013 hay varias de ellas que gozan de plena cobertura normativa constitucional y legal ordinaria, algunas que presentan una cobertura legal parcial y otras que carecen por completo de tal amparo. Enseguida la Sala examinará cada uno de estos grupos, anticipando que se declararán inválidas las instrucciones que se encuentran totalmente desprovistas de dicha cobertura, así como aquellas que carecen de una base legal adecuada.

I. Instrucciones que tienen una cobertura constitucional y legal plena:

Como se puede apreciar en el cuadro anterior, las instrucciones primera, tercera, quinta, sexta, séptima, octava, novena, décima, décima tercera, décima cuarta y décimo quinta gozan de un amparo normativo *prima facie* adecuado, en tanto que las disposiciones atrás mencionadas de la Constitución y de las leyes 51 de 1981, 23 de 1981, 100 de 1993, 248 de 1995, 1122 de 2007, 1438 de 2011 y 1571 de 2015 ofrecen una base normativa en principio clara a lo dispuesto por la circular atacada. Con todo, en aras de despejar la incógnita relacionada con la suficiencia de tal cobertura, enseguida revisará la Sala, una por una, estas instrucciones. El objetivo de este análisis no es otro que evaluar con detenimiento su validez a la luz de las consideraciones expuestas líneas arriba en punto a la reserva legal sobre derechos fundamentales como la vida y la objeción de conciencia, y al alcance de la potestad de instrucción legalmente conferida a LA SUPERINTENDENCIA.

i) Primera instrucción:

Según lo dispuesto en esta previsión, los prestadores de servicios de salud, las entidades administradoras de planes de beneficios, públicos o privados, de carácter laico o confesional y las entidades territoriales, están en la obligación de prestar el servicio de IVE a mujeres incursas en cualquiera de las causales

establecidas en la Sentencia C-355 de 2006, en cumplimiento de los principios de igualdad, universalidad, calidad, seguridad y eficiencia.

Para la Sala, como se aprecia en el cuadro precedente, es ostensible que los artículos 16, 43 y 49 Constitucionales, de los que se desprende nítida la responsabilidad del Estado por la garantía a todas las personas del acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud en condiciones de libertad e igualdad, en asocio con los artículos 1, 2, 159 y 162 de la ley 100 de 1993, 1 y 2 de la Resolución 4905 de 2006 del Ministerio de Protección Social, y 2 y 7 del Acuerdo No. 029 de 2011 de la CRES, que en su conjunto establecen el deber estatal de asegurar a las personas afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud los servicios incluidos en el POS como forma para asegurar la efectividad del derecho fundamental a la salud, proporcionan un sustento normativo sólido a esta primera instrucción de la circular demandada.

Con todo, es igualmente claro que lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006 constituye parte esencial del fundamento de esta primera instrucción impartida y se encuentra, de hecho, en su raíz. Esto, pues fue en dicho pronunciamiento donde el supremo intérprete de la Constitución reconoció la legitimidad de la práctica de la IVE en tres supuestos específicos, como manifestación concreta del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres, de su dignidad humana y proyección de sus derechos sexuales y reproductivos. En efecto, de acuerdo con lo señalado por el Alto Tribunal en dicho pronunciamiento:

*“Del anterior análisis resulta, 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.***

*Protección de los derechos de la mujer que **tampoco puede implicar la declaración de inexequibilidad del artículo 122 acusado, pues sería dejar desprotegida la vida.** Además, impediría que el ordenamiento jurídico sobre el aborto surtiera sus efectos en situaciones donde la Constitución no lo ha ordenado permitir.*

Por tanto, en virtud del principio de conservación del derecho, resulta necesario proferir una sentencia de exequibilidad condicionada mediante la cual se considere que no se incurre en el delito de aborto en las hipótesis a las cuales se ha hecho mención con anterioridad. De esta manera se impide que la debida protección a la vida en gestación represente una afectación manifiestamente desproporcionada de los derechos de la mujer embarazada.

Se declarará por lo tanto ajustado a la Constitución el artículo 122 del Código Penal 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: a) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; c) cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto” (negrillas fuera de texto).

Ahora bien, que esta regla jurisprudencial esté en la base de la extensión de la cobertura del POS a la IVE podría resultar problemático desde el punto de vista de la determinación del fundamento legal específico de tal proceder. En últimas, como lo echa de menos la parte demandante y el Ministerio Público, no existe disposición legal alguna que aluda de manera específica a dicho procedimiento ni que responsabilice de su realización a las autoridades públicas.

Para esta Corporación tal postura carece de fundamento. Esto, por cuanto supone desconocer de plano los cruciales efectos del pronunciamiento de la Corte Constitucional vertido en la sentencia C-355 de 2006 en relación con el tema que se debate. Ciertamente, no puede esta Sala más que reconocer que dentro del sistema constitucional imperante, en algunos eventos el Tribunal Supremo de lo Constitucional no sólo se pronuncia en el sentido de evaluar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las disposiciones legales sometidas a su control (legislador negativo), sino que, además, en ocasiones debe modular sus fallos con el fin de fijar el sentido normativo específico de un enunciado legal sometido a control o integrar al enunciado contenidos no previstos en la previsión demandada. Todo ello, en aras de asegurar la efectiva guarda de la Constitución y la efectividad de sus disposiciones. Así, en ciertos casos “debe fijar la interpretación legal que resulta autorizada constitucionalmente, esto es, señala la forma cómo debe interpretarse la ley y cómo no debe hacerse”²²³ (sentencias interpretativas). En

223 Corte Constitucional, sentencia C-820 de 2006.

otros eventos, cuando juzga necesario proferir sentencias integradoras²²⁴, “proyecta los mandatos constitucionales en la legislación ordinaria, para que, de esa manera, se integren los vacíos normativos o se enfrenten las inevitables indeterminaciones del orden legal que resultan contrarias a la Constitución”²²⁵. **El resultado de dicha actividad, en uno u otro supuesto, es una norma legal distinta, que difiere de la que fue objeto de control en tanto que corregida, completada, modulada o ajustada a las exigencias del Texto Constitucional.** Y, dado el valor de la cosa juzgada constitucional, como tal deberá ser aplicada.

En este orden de ideas, puesto que en estos supuestos el Juez Constitucional obra con fundamento en los artículos 2, 4 y 241 de la Constitución y en los principios de efectividad y conservación del derecho, y sus determinaciones se orientan a asegurar la integridad y la supremacía de la Constitución, **los contenidos normativos que así se integran al ordenamiento con el rango de la norma controlada constituyen un nítido fundamento jurídico para el posterior cumplimiento de la función de inspección, vigilancia y control propio de LA SUPERINTENDENCIA.**

Al respecto resulta relevante traer a colación lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-335 de 2008, en la cual, frente a los efectos de providencias emitidas con motivo del control de constitucionalidad de las leyes y normas con fuerza de ley, el Alto Tribunal manifestó que de conformidad con lo expuesto en el artículo 243 Superior²²⁶ “todas las autoridades públicas en Colombia [incluidas las autoridades judiciales], [deben] acatar lo decidido por la Corte en sus fallos de control de constitucionalidad”. Y explicó enseguida que a la vista de las distintas formas de decisión que puede adoptar el juez constitucional en Colombia resulta imperativo considerar que:

*“una vez proferido un fallo de control de constitucionalidad de una ley ningún juez puede aplicar en una sentencia una norma legal que haya sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional, so pena de incurrir en delito de prevaricato por acción por violación directa de la Carta Política, es decir, del artículo 243 Superior. **En caso de tratarse de un fallo de exequibilidad, no le sería dable al juez recurrir a la excepción de inconstitucionalidad, en tanto que si se está ante***

224 Entre otras, véase las sentencias C-370 de 2002, C-662 de 2004, C-802 de 2002, C-1175 de 2004, C-1090 de 2003, C-034 de 2005, C-849 de 2005 y C-745 de 2015.

225 Corte Constitucional, sentencia C-820 de 2006.

226 “ARTICULO 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. / Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.”

una declaratoria de constitucionalidad condicionada, igualmente le está vedado a cualquier juez acordarle una interpretación distinta a la norma legal que ha sido sometida al control de la Corte, siendo vinculante en estos casos tanto el decisum como la ratio decidendi. De igual manera, la administración pública no puede apartarse de lo decidido por la Corte Constitucional, so pena de incurrir en la mencionada conducta delictiva [en referencia al prevaricato]” (subrayado y negrillas fuera de texto).

Por ende, lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006 respecto de la ausencia de consecuencias penales para las mujeres que se encuentren en alguna de las situaciones excepcionales determinadas en dicha sentencia como habilitantes del derecho a solicitar la práctica de una IVE, no solo supone el reconocimiento del derecho fundamental a la IVE en el marco de lo previsto por el artículo 94 de la Constitución, constituye un sustento normativo idóneo (constitucional y legal) para lo contemplado en la primera instrucción de la circular demandada y representa además, por virtud de la cosa juzgada constitucional que acompaña a dicha decisión (artículo 243 de la Constitución), **un mandato constitucional inexcusable**, obligatorio para todas las autoridades y personas en Colombia, dado el carácter *erga omnes* propio de los fallos de constitucionalidad (artículo 48 de la LEAJ).

En consecuencia, el sustento constitucional, legal y reglamentario de lo previsto en la primera instrucción resulta inobjetable; motivo por el cual no puede verse la actuación de LA SUPERINTENDENCIA como un desbordamiento de sus facultades de instrucción, ni como desprovista de sustento normativo adecuado.

ii) Tercera instrucción:

La tercera instrucción dispone que los prestadores de servicios de salud, las entidades administradoras de planes de beneficios, públicos o privados, de carácter laico o confesional y las entidades territoriales, en casos de mujeres en condición de discapacidad, no pueden elevar obstáculos ni exigir requisitos adicionales a los contemplados en la C-355 de 2006 para la prestación del servicio de IVE. En esa eventualidad, señala el dispositivo examinado, la solicitud de la IVE puede efectuarla cualquiera de sus representantes legales u otra persona que actúe en su nombre, sin requisitos formales adicionales al denuncia penal por acceso o acto carnal violento o abusivo.

En concepto de la Sala esta previsión de la circular demandada cuenta con una cobertura normativa apropiada, tanto constitucional como legal. Ello se advierte en las dos grandes reglas que contempla la instrucción: la primera, que establece una prohibición de discriminación frente a las mujeres en condiciones de discapacidad; y la segunda, que habilita la posibilidad de que quien quiera que actúe como representante de dicha persona solicite la práctica de la IVE, sin otro requisito que la prueba del denuncia penal. No obstante, sobre el último aspecto de la previsión, relativo a la sola posibilidad de exigir la prueba de la denuncia ante la justicia de la conducta punible que originó el embarazo, la Sala deberá realizar algunos ajustes.

Así, frente a la primera previsión, encuentra la Sala que no solo los artículos 13 y 43 de la Constitución ofrecen una base normativa amplia e indiscutida para establecer esta necesaria proscripción del trato discriminatorio frente a las mujeres en condiciones de discapacidad; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de 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, e incorporada al Derecho Nacional mediante la ley 51 de 1981, constituye un fundamento jurídico no solo sólido e inexcusable, sino perentorio para ello. Basta con echar un vistazo a lo dispuesto en los literales a), d) y e) de su artículo 2.º para corroborar lo anterior. De acuerdo con estas prescripciones:

Artículo 2.- *Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:*

a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;

(...)

d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;

e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;

Si a ello se agrega que el artículo 153 de la ley 100 de 1993 proclama al de igualdad en el acceso al servicio como principio rector del Sistema de Seguridad Social en Salud, y que en virtud de tal disposición debe entenderse excluido cualquier tipo de discriminación frente al acceso al servicio por razones de cultura, sexo, raza, origen, orientación sexual, edad o capacidad económica, un

tratamiento discriminatorio para la población con discapacidad física o mental resulta igualmente proscrito. El mandato constitucional de protección especial de las personas que por su condición física o mental se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta consagrado por el párrafo 3.º del artículo 13 Superior fundamenta y prescribe esta interpretación. En consecuencia, es responsabilidad de LA SUPERINTENDENCIA que la igualdad de acceso al servicio se respete en la práctica, lo que habilita e impone la especificación de una regla como la impuesta en la instrucción analizada. Lo contrario, esto es, tolerar conductas discriminatorias como las que se busca prevenir, resultaría completamente anticonstitucional e inadmisibles, al punto de desvirtuar por completo la función de inspección, vigilancia y control que es inherente a este órgano del Estado.

Lo anterior no hace más que justificar lo dispuesto en la segunda regla fijada por la instrucción primera. Esto, toda vez que dada la discapacidad de las mujeres en cuestión, la efectividad de su derecho debe suponer el reconocimiento jurídico de la posibilidad de que la persona que obre en su representación legal pueda requerir la práctica del procedimiento de IVE. En últimas, como apuntó la Corte en relación con una mujer con discapacidad “en esa eventualidad la solicitud de interrupción del embarazo puede efectuarla cualquiera de los padres de la mujer que se halle en esta situación u otra persona que actúe en su nombre”²²⁷.

Por lo anotado, hasta aquí el enunciado de la instrucción no ofrece reparo alguno.

No obstante, para la Sala es claro que la regulación subsiguiente, contenida en la parte final de su inciso 2.º, en virtud de la cual tal solicitud procede “sin requisitos formales adicionales al denuncia penal por acceso o acto carnal violento o abusivo”, si bien no resulta contrario a la Constitución ni a la ley, pues, por el contrario, las desarrolla, lo hace apenas de manera parcial. Esto, dado que según lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006, la IVE procede cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto; lo mismo que cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico, o cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, igualmente dictaminado por un profesional de la medicina.

227 Corte Constitucional, sentencia T-946 de 2008.

En este orden, lo previsto en la parte final del inciso 2.º de la instrucción tercera no contempla previsión alguna frente a los dos supuestos finales. Por ende, genera un déficit de protección de la vida del *nasciturus*, pues excluye sin justificación alguna la exigencia, señalada por la Corte, de contar con la certificación de un profesional que acredite tales circunstancias especiales. Ello, pues, como se indicó en el fallo de constitucionalidad precitado, “de esta manera se salvaguarda la vida en gestación y se puede comprobar la existencia real de estas hipótesis en las cuales el delito de aborto no puede ser penado”. El que en esta regla se trate el caso de mujeres en condición de discapacidad en absoluto puede constituir un motivo para exceptuar dicha exigencia, pues la protección de la vida en formación que se aloja en el vientre materno merece en todos los casos el mismo grado de protección.

En consecuencia, frente al inciso 1.º de la instrucción tercera, se denegará la pretensión anulatoria; mientras que respecto de su inciso 2.º **la Sala declarará su validez condicionada** a que se entienda que en el caso de las mujeres con discapacidad, la solicitud de IVE puede efectuarla su representante legal o quien quiera que actúe legítimamente en su nombre, sin requisitos formales adicionales al denuncia penal por acceso o acto carnal violento o abusivo, cuando tal sea la causal invocada, o con la certificación de un médico cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, o exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, si ellas son las circunstancias aludidas en el caso concreto. Como se evidencia más adelante, al examinar la validez de la instrucción novena, el derecho al diagnóstico ampara por igual a todas las mujeres, con independencia de su condición física, mental, económica, política, racial o social. Por esta razón no hay óbice para excluir de esta exigencia a las mujeres en condición de discapacidad, pues también en relación con ellas las entidades prestadoras de los servicios de salud tienen la obligación de realizar un diagnóstico de su estado de salud física y mental que permita conocer la eventual configuración de alguna de las causales que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional habilitan el ejercicio legítimo de la IVE. Y, naturalmente, también en relación con ellas esta circunstancia determina la obligación de efectuar la correspondiente certificación, de modo que sea posible ejercer legalmente el derecho a la IVE.

Como ha explicado esta Sala en una oportunidad anterior, el juez contencioso administrativo puede, con base en los principios de efecto útil y conservación del derecho, declarar la validez condicionada de la norma administrativa examinada, “en el entendido que no se busca sustraer del ordenamiento jurídico la norma sino la carga normativa ilegal”²²⁸. Se trata de un recurso legítimo para que el juez administrativo cumpla su papel de garante tanto de la legalidad como de la efectividad de los derechos fundamentales y el orden constitucional; responsabilidad que en ocasiones exige reprimir los excesos o desbordamientos de las autoridades en el ejercicio de sus competencias (*prohibición del exceso*), pero que en circunstancias particulares, como ésta, le fuerza a reaccionar contra los defectos o déficits de protección en una determinada reglamentación en materia de protección de derechos (*prohibición del defecto*). Lo previsto por el artículo 103 del CPACA en relación a que el objeto de todo proceso adelantado ante esta jurisdicción radica en “la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico”, ofrecen sobrado fundamento a esta clase de operaciones por parte de la justicia administrativa. En últimas, como ha sido afirmado por la jurisprudencia de esta Corporación, se trata de una técnica que permite al juez contencioso “a la vez garantizar la supremacía de las normativas superiores sobre el acto administrativo objeto del contencioso objetivo, al no retirar del ordenamiento una disposición administrativa que admite una lectura conforme a las normas superiores, pero simultáneamente respetando la supremacía de los preceptos constitucionales, legales o reglamentarias, sin que en modo alguno se extralimiten los poderes del juez administrativo”²²⁹.

iii) Quinta instrucción:

228 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 11 de febrero de 2016, Rad. No. 11001 03 24 000 2009 00457 00. C.P.: Roberto Augusto Serrato Valdés. Se trata de una línea de decisión que cuenta con antecedentes en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, como se observa en el fallo de 16 de junio de 2009, en el cual se afirmó lo siguiente: “Frente a esta situación la Sala considera, apoyada en los principios del efecto útil de las normas y el de conservación del derecho, en virtud de los cuales se destaca y acentúa la idea de que en la producción normativa se invierte un esfuerzo administrativo, jurídico y político que vale la pena conservar, que se deben y pueden modular las sentencias de validez, cuando se encuentre algún sentido a la norma controlada que se ajuste al derecho vigente, de modo que, por esta vía, se logran dos propósitos: i) eliminar del ordenamiento jurídico las interpretaciones y aplicaciones que vulneran el derecho –exclusión total de la ilegalidad, para mantener aséptico el ordenamiento jurídico-, y ii) se conserva exclusivamente la aplicación e interpretación ajustada a la constitución o la ley –inclusión plena de la legalidad, para mantener dinámico el ordenamiento jurídico.- Esta actitud también conserva al juez administrativo dentro de la esfera de legalidad que debe observar, en el ejercicio de sus funciones, pues lo que le ordena la Constitución y la ley es que controle la legalidad de los actos administrativos que examina, lo cual realiza con más perfección cuando modula las sentencias, toda vez que no siempre las situaciones que se presentan a sus ojos son blancas o negras, esto es, válidas o nulas –y menos en la compleja realidad jurídica que se vive-, y con esta técnica obtiene mayor provecho para ejercer el control de la administración pública moderna”. Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 16 de junio de 2009, Rad.: 2009 – 00305. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero.

229 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007, Rad. No. 11001-03-26-000-1998-05354-01(16257). C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

Con arreglo a la instrucción quinta de la circular demanda los prestadores de servicios de salud, las entidades administradoras de planes de beneficios, públicos o privados, de carácter laico o confesional y las entidades territoriales, así como todos los profesionales de la salud, no pueden decidir por la mujer la práctica de la IVE o la continuación del embarazo.

Se trata de una previsión que cuenta con un amplio soporte normativo superior, razón por la cual la pretensión anulatoria planteada debe ser desestimada. Ciertamente, no se trata solo de que tal garantía administrativa represente una proyección natural de la proclamación constitucional del principio de dignidad humana como rector del ordenamiento constitucional (artículo 1) y de la libertad como derecho fundamental y pilar esencial del orden jurídico sancionado por la Constitución (artículo 16); diferentes disposiciones insertadas en el bloque de constitucionalidad por virtud de acuerdos suscritos por el Estado, debidamente incorporados a nuestra legislación, brindan un respaldo adicional a esta postura.

En relación con las disposiciones constitucionales que apuntalan la instrucción revisada, es manifiesto que la adopción por los artículos 1 y 16 de la Constitución, esto es, con el más alto rango jurídico de nuestro ordenamiento, de la dignidad humana y el derecho al libre desarrollo de la personalidad como preceptos básicos de nuestro sistema jurídico y constitucional ofrecen un sustento sólido a lo allí previsto. En virtud de estas previsiones no solo resulta constitucionalmente vedado reducir a la mujer a un mero instrumento portador de la vida en gestación, desprovista de derechos merecedores de protección, y por ende obligada a dar a luz en todos los casos, con independencia de cómo se haya gestado el feto, qué consecuencias tenga el embarazo para su salud (la de la mujer) o cuáles sean las condiciones de salud y posibilidades de vida del *nasciturus* una vez nacido; implican también, como decisiones estructurales del Constituyente, claros mandatos de protección y respeto del ámbito de decisión autónoma individual inherente a su consagración. En efecto, no cabe duda que tales normas fundan garantías de la autonomía moral indispensable para la realización del modelo de sociedad libre, solidaria, democrática y justa, edificada en torno a la dignidad del ser humano, que la Constitución aspira instaurar. En últimas, se trata de amparar “la potestad del individuo para autodeterminarse; esto es, la posibilidad de adoptar, sin intromisiones ni presiones de ninguna clase, un modelo de vida acorde con sus propios intereses, convicciones, inclinaciones y deseos, siempre,

claro está, que se respeten los derechos ajenos y el orden constitucional”²³⁰. Siendo ello así, y estando claro que en virtud de tales garantías cada individuo es libre de adoptar las decisiones que conciernen a su existencia y que no han sido prohibidas por el ordenamiento jurídico (como es el caso de la IVE en los tres eventos admitidos en nuestro país), **resulta elemental que nadie más que la mujer embarazada pueda tomar la determinación de practicarse dicho procedimiento clínico o de continuar con el embarazo.**

Ahora, que LA SUPERINTENDENCIA haga valer este derecho constitucional fundamental no solo tiene el sólido respaldo constitucional reseñado; lo previsto por los artículos 4.º y 5.º de la Convención Internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, suscrita en la ciudad de Belem do Para el 9 de junio de 1994, y aprobada por el Congreso de la República mediante la ley 248 de 1995, refuerzan su base normativa superior, al establecer lo siguiente:

ARTÍCULO 4o. *Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos.*

Estos derechos comprenden, entre otros:

- a) El derecho a que se respete su vida;*
 - b) El derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral;*
 - c) El derecho a la libertad y a la seguridad personales;*
- (...)*

ARTÍCULO 5o. *Toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Los Estados Partes reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos.*

Con base en estas disposiciones, provistas del triple carácter de dispositivos internacionales, con rango de ley, pero además fuerza suprallegal por virtud de lo previsto por el artículo 93 de la Constitución, no cabe duda que lo instruido en la previsión revisada no tiene otro objetivo que asegurar tanto el respeto a la integridad física, psíquica y moral de la mujer, como su derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad personal, así como garantizar su acceso en condiciones de igualdad a los servicios sanitarios que presta el Sistema de Seguridad Social Integral regulado por el Estado. Derechos que, además, se ven reforzados por los mandatos de garantía de la igualdad entre hombres y mujeres contenidos en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la

230 Corte Constitucional, sentencia C-336 de 2008.

mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, firmada en Copenhague el 17 de julio de 1980 y aprobada por el Congreso Nacional mediante la ley 51 de 1984.

Aunque su fundamento legal queda en evidencia con los razonamientos expuestos, lo dicho al respecto por la Corte Constitucional ofrece un argumento adicional del nítido encaje constitucional y legal de la instrucción enjuiciada. En efecto, según lo ha afirmado el Alto Tribunal, “la decisión de una mujer de interrumpir voluntariamente su embarazo -en las condiciones de la Sentencia C-355 de 2006- pertenece a la esfera íntima o privada y, en consecuencia, no se trata de un asunto de interés público o general, pues es una decisión que le afecta solamente a ella y por la cual la sociedad no se ve perjudicada. Además (...) pertenece a la esfera de lo íntimo todo lo que le permite al ser humano desarrollar su personalidad y, en esa medida, la decisión de someterse a una IVE cae en este ámbito. Recuérdese que la Sentencia C-355 de 2006 se basó, entre otros, en el derecho al libre desarrollo de la personalidad para despenalizar el aborto en ciertos eventos. A lo dicho se suma que la decisión de no llevar a término un embarazo pertenece al ámbito de la sexualidad y reproducción, el cual es uno de los más personales del ser humano y ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional como parte integrante de la esfera de lo íntimo”²³¹.

En consecuencia, nada hay que objetar al fundamento normativo superior de la instrucción quinta de la Circular No. 003 de 2013 de LA SUPERINTENDENCIA.

iv) Sexta instrucción:

En virtud de lo dispuesto en la instrucción número 6 de la circular, los prestadores de servicios de salud, las entidades administradoras de planes de beneficios, públicos o privados, de carácter laico o confesional y las entidades territoriales, deben brindar a todas las mujeres información, suficiente, amplia y adecuada, así como orientación, apoyo y acompañamiento en relación con las alternativas terapéuticas disponibles en la prestación de servicios de IVE, a fin de facilitar el acceso oportuno y eficiente a dichos servicios y permitir que puedan tomar una decisión informada en ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, lo que incluye el derecho a estar plenamente informadas respecto al alcance de las sentencias de la Corte Constitucional y de la presente circular. Asimismo deben

231 Corte Constitucional, sentencia T-841 de 2011.

informar al Ministerio de Salud y Protección Social acerca de las instituciones, dentro de su red, habilitadas para prestar servicios de IVE de baja, mediana y alta complejidad, que cuentan con profesionales dispuestos a proveer este servicio.

En esta instrucción encuentra la Sala dos contenidos normativos diferentes: el primero, relativo al deber que pesa sobre los operadores del sector salud de brindar información y acompañamiento a las mujeres en relación con las alternativas terapéuticas disponibles en la prestación de servicios de IVE; y el segundo, referente al deber de informar al Ministerio de Salud y Protección Social sobre las instituciones habilitadas en su red para prestar servicios de IVE de baja, mediana y alta complejidad.

En relación con el primero de ellos para la Sala es evidente, dada la importancia de la información para el funcionamiento adecuado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que nada hay de reprochable en esta instrucción. En efecto, dado el carácter técnico de las prestaciones y el esquema de libre competencia entre operadores públicos y privados implantado por la ley en materia de servicios de salud, la información constituye a día de hoy un bien esencial e indispensable para el cabal ejercicio de las libertades y derechos que se reconoce a los usuarios del Sistema. Es así, por ejemplo, el presupuesto para ejercer el derecho a escoger libremente la IPS y a los profesionales disponibles entre las opciones que ofrece cada EPS ²³². En estas condiciones, es indudable que la instrucción *sub examine* encierra una previsión orientada a hacer efectivo el derecho de las usuarias a tomar la mejor decisión posible frente a su situación y a obtener el mejor tratamiento disponible a que tienen derecho. Es un presupuesto para el ejercicio pleno y adecuado del derecho. Sin información suficiente, apropiada y confiable el ejercicio de estos derechos podría verse amenazado o incluso llegar a tener serios obstáculos; una situación que sería contraria al principio legal de prevalencia de los derechos ²³³, en virtud del cual “[e]s obligación de la familia, el Estado y la sociedad en materia de salud, cuidar, proteger y asistir a las mujeres en estado de embarazo y en edad reproductiva (...) para garantizar su vida, su salud, su integridad física y moral y su desarrollo armónico e integral”. Consciente de esta situación, el artículo 198 de la ley 100 de 1993 obliga a las instituciones prestadoras de servicios de salud a asegurar un adecuado sistema de información de sus servicios y de atención a usuarios. Precepto que, para la

232 Cfr. Artículos 153.12 y 159.4 de la ley 100 de 1993.

233 Artículo 153.5 de la ley 100 de 1993.

Sala, debe leerse de la mano con lo dispuesto por el artículo 159 de la misma ley, que garantiza a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social y Salud “la debida organización y prestación del servicio público de salud”; y en este marco, como primera medida, “[l]a atención de los servicios del plan obligatorio de salud del artículo 162 por parte de la entidad promotora de salud respectiva a través de las instituciones prestadores de servicios adscritas”.

En criterio de este juez administrativo, dada la relevancia de la garantía del derecho a la salud para la realización y el disfrute de derechos fundamentales individuales como la vida, la integridad física y moral de las personas, así como la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, estas disposiciones deben ser entendidas en un sentido material y teleológico, que permite entender que **ese deber de información, orientación y acompañamiento previo a la IVE, forma parte del derecho a la salud de las mujeres** que acuden a las entidades del Sistema en busca de ayuda, tal como ha sido regulado en la ley. En consecuencia, encuentra la Sala que la instrucción examinada cuenta con un sustento normativo superior adecuado. En últimas, como ha sido resaltado por la Corte Constitucional, “[t]odas las mujeres deben poder contar con la información suficiente, amplia y adecuada que les permita ejercer a cabalidad y en libertad sus derechos sexuales y reproductivos, lo que incluye, el derecho a estar plenamente enteradas respecto de lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006”²³⁴, así como en la normatividad pertinente.

En relación con el segundo contenido normativo integrado dentro de la instrucción sexta, encuentra la Sala que el deber de informar al Ministerio de Salud y Protección Social las instituciones habilitadas para prestar servicios de IVE de baja, mediana y alta complejidad, impuesto a los distintos operadores del sector, resulta igualmente válido. Ello, en tanto que concreción final de un deber igualmente contenido en la ley, dada su utilidad para que las autoridades estatales puedan cumplir con el papel que se les encomienda legalmente en la gestión y regulación del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Ciertamente, para la Sala es claro que la previsión revisada debe ser apreciada en el contexto descrito en las líneas precedentes, en el que la información sobre los servicios prestados constituye un bien preciado para el buen funcionamiento del Sistema. En consecuencia, está fuera de duda que tal obligación encaja con las facultades encomendadas al Ministerio por el artículo 111 de la ley 1438 de 2011 en relación

234 Corte Constitucional, sentencia T-388 de 2009.

con Sistema de evaluación y calificación de direcciones territoriales de salud, Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Salud²³⁵ y por el artículo 113 frente al Sistema de Información del Sector Salud²³⁶. En consecuencia, también esta previsión cuenta con un sustento normativo superior apropiado.

v) Séptima instrucción:

Según la instrucción siete de la Circular No. 003 de 2013, los prestadores de servicios de salud, las entidades administradoras de planes de beneficios, públicos o privados, de carácter laico o confesional y las entidades territoriales, así como el personal médico asistencial y administrativo que atienda la solicitud de mujeres, para acceder a los servicios de IVE, están obligados a brindar plena confidencialidad y a mantener la reserva legal sobre la información recibida. Es, se dice, un imperativo constitucional y legal respetar el derecho de las mujeres a la intimidad y a la dignidad. En consecuencia, agrega, los profesionales de la salud están obligados a mantener el secreto profesional en los términos establecidos por la Ley 23 de 1981 y demás normas concordantes.

Para la Sala la obligación de confidencialidad y reserva profesional que establece esta instrucción de la circular sometida a examen no hace nada distinto a especificar previsiones preestablecidas por el legislador en la ley 23 de 1981, especialmente sus artículos 1.4²³⁷ y 34²³⁸, en los que se proclaman la reserva

235 Artículo 111. Sistema de evaluación y calificación de direcciones territoriales de salud, Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Salud. Como resultado de la aplicación de los indicadores, el Ministerio de la Protección Social desarrollará un sistema de evaluación y calificación de las direcciones territoriales de salud, de Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Salud que permita conocer públicamente a más tardar el primero (1°) de marzo de cada año, como mínimo: número de quejas, gestión de riesgo, programas de prevención y control de enfermedades implementados, resultados en la atención de la enfermedad, prevalencia de enfermedades de interés en salud pública, listas de espera; administración y flujo de recursos.

Deberá también alimentarse de las metas de los planes de desarrollo nacional, y territoriales.

Se definirán igualmente indicadores de calidad en la atención, de calidad técnica y de satisfacción del usuario. El incumplimiento de las condiciones mínimas de calidad dará lugar a la descertificación en el proceso de habilitación. En el caso de los entes territoriales se notificará a la SNS para que obre de acuerdo a su competencia.

236 Artículo 113. Sistema de Información Integrado del Sector Salud. El Ministerio de la Protección Social junto con el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones definirá y contratará un plan para que en un periodo menor a 3 años se garantice la conectividad de las instituciones vinculadas con el sector de salud en el marco del Plan Nacional de Tecnologías de Información y Comunicaciones – TIC.

237 Artículo 1. La siguiente declaración de principios constituye el fundamento esencial para el desarrollo de las normas sobre Ética Médica:

(...)

4. La relación médico-paciente es elemento primordial en la práctica médica. Para que dicha relación tenga pleno éxito debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico, el cual impone la más estricta reserva profesional.

238 Artículo 34. La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado sometido a reserva que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la Ley.

profesional y la confidencialidad como parte esencial del ejercicio médico y de la relación de los galenos con sus pacientes. En consecuencia, es inobjetable la legalidad de lo dispuesto en la instrucción *sub examine*. Máxime cuando, como ha sido destacado por la jurisprudencia constitucional, “[l]as personas profesionales de la salud y, en general, el personal de salud que atiende la solicitud de las mujeres relativa a la interrupción voluntaria de su embarazo están obligados a ofrecer plena garantía de confidencialidad y, en consecuencia, a respetar el derecho de las mujeres a la intimidad y a la dignidad. Guardar el secreto profesional se convierte en una obligación de primer orden para los prestadores de servicios de salud en relación con este tópico”²³⁹.

vi) Octava instrucción:

De conformidad con la instrucción octava, los prestadores de servicios de salud, las entidades administradoras de planes de beneficios, públicos o privados, de carácter laico o confesional y las entidades territoriales, no pueden ejercer prácticas discriminatorias en contra de las mujeres que soliciten la IVE, ni en contra de quienes atienden la solicitud.

De manera concordante con lo expuesto a propósito de la valoración de la instrucción tercera, la Sala reitera aquí que **el compromiso con la igualdad de las entidades que forman parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud es total**. Por ende, con base en el mismo fundamento constitucional y legal invocado *ut supra* (artículos 13 y 43 de la Constitución, artículo 2 literales a), d) y e) de la ley 51 de 1981, artículo 153.3 de la ley 100 de 1993 y artículos 5, 6 y 4 literales a), b) y c), de la ley 248 de 1995), se puede concluir que lo prescrito por la instrucción octava de la Circular No. 003 de 2013 no solo es admisible desde un punto de vista de su legalidad; es, además, imperativo. **Cualquier clase de discriminación ejercida contra las mujeres que soliciten la IVE o de quienes atiendan su solicitud resultará completamente contraria a la Constitución y la ley y, por lo tanto, merecedora de las más severas sanciones previstas en la normatividad aplicable**. En consecuencia la pretensión anulatoria de esta previsión planteada por la entidad demandante resulta completamente infundada y debe ser denegada.

239 Corte Constitucional, sentencia T-388 de 2009.

Lo anterior solo se hace más patente si se tiene en cuenta que de conformidad con la jurisprudencia constitucional, “[n]i las mujeres que optan por interrumpir voluntariamente su embarazo bajo las hipótesis previstas en la sentencia C-355 de 2006, ni quienes atienden su solicitud, pueden ser víctimas de discriminación o de prácticas que limiten de alguna forma o impidan su acceso al lugar de trabajo o a centros educativos o su afiliación al sistema general de salud o riesgos profesionales”²⁴⁰.

vii) Novena instrucción:

En virtud de la novena instrucción, de conformidad con el derecho que asiste a toda persona para acceder a las pruebas y exámenes diagnósticos indispensables para determinar si requiere o no un servicio de salud, las mujeres que se encuentren en cualquiera de las causales de la Sentencia C-355 de 2006 y deseen acceder a una IVE, en ejercicio del derecho a la salud, tienen el derecho de obtener de manera oportuna un diagnóstico de su estado de salud, para poder conocer con precisión cuáles son los procedimientos, tratamientos o medicamentos que requiere. Por lo anterior, añade la Circular, es una obligación de las entidades administradoras de planes de beneficios, garantizar el derecho al diagnóstico. Y agrega que los prestadores de servicios de salud, en aplicación de este derecho, deben adoptar protocolos de diagnóstico oportuno que permitan determinar si la mujer se encuentra en los supuestos despenalizados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-355 de 2006, y en consecuencia expedir el certificado médico que dé cuenta de las causales: “(i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer”, y (ii) “Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida”. Adicionalmente, dispone que para tales efectos los prestadores de servicios de salud deben adoptar un protocolo de diagnóstico rápido en el término de 30 días calendario contados a partir de la publicación de la expedición de la Circular (si aún no lo han hecho). Y dispone que el protocolo debe ser integral, es decir, incluir una valoración del estado de salud mental de la usuaria. Por último, las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios y las Entidades Territoriales deberán informar a esta Superintendencia, en el informe semestral de Red de Prestadores, sobre el cumplimiento de esta obligación en su respectiva red.

240 Corte Constitucional, sentencia T-388 de 2009.

Esta instrucción impone, entonces, cuatro contenidos normativos distintos: el primero, relacionado con el denominado derecho al diagnóstico; el segundo, relativo a la obligación de los prestadores de salud de adoptar protocolos de diagnóstico integrales que hagan posible determinar si la mujer corre peligro en su salud como consecuencia del embarazo o si la viabilidad del *nasciturus* está comprometida por grave malformación, y establecer igualmente la salud mental de la usuaria. El tercero, que impone el deber de expedir el certificado médico que dé cuenta de las causales relacionadas con el peligro para la vida o la salud de la madre o con malformaciones que hagan inviable la vida del feto. Por último, advierte la Sala que hay también un cuarto contenido normativo que impone un deber de información a LA SUPERINTENDENCIA respecto del cumplimiento de las obligaciones fijadas en esta instrucción.

En relación con el primer contenido, orientado a hacer efectivo el derecho al diagnóstico de toda mujer que acuda al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de modo que pueda contar con un análisis técnico de cuál es su estado y qué procedimientos y tratamientos proceden en su situación, la Sala no encuentra motivo de rechazo o invalidación alguno. Se trata, como se puede apreciar en el cuadro comparativo, de una previsión que cuenta con un amplio y sólido respaldo constitucional y legal. En efecto, basta con analizar, de un lado, los artículos 48 y 49 Superiores, con su garantía a todas las personas del carácter irrenunciable del derecho a la seguridad social y del acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud; y de otro, los artículos 3²⁴¹, 10²⁴² y 15²⁴³ de la ley 23 de 1981, así como los numerales 18, 20 y 21 del artículo 153 de la ley 100 de 1993²⁴⁴, para evidenciar que de conformidad con el régimen constitucional

241 **Artículo 3.** El médico dispensará los beneficios de la medicina a toda persona que los necesite, sin más limitaciones que las expresamente señaladas en esta Ley.

242 **Artículo 10.** El médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente.

Parágrafo. El médico no exigirá al paciente exámenes innecesarios, ni lo someterá a tratamientos médicos o quirúrgicos que no se justifiquen.

243 **Artículo 15.** El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.

244 **Artículo 153. Principios del sistema general de seguridad social en salud.** <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 1438 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Son principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud:

(...)

3.18. **Irrenunciabilidad.** El derecho a la Seguridad Social en Salud es irrenunciable, no puede renunciarse a él ni total ni parcialmente.

(...)

3.20 **Prevención.** Es el enfoque de precaución que se aplica a la gestión del riesgo, a la evaluación de los procedimientos y la prestación de los servicios de salud.

y legal aplicable el derecho al diagnóstico constituye parte esencial del derecho a la salud de las personas. De ahí que en absoluto pueda reprocharse a LA SUPERINTENDENCIA que formalice en la instrucción estudiada dicho contenido, previsto claramente en forma de cobertura en las normas superiores referidas. En definitiva, como ha señalado esta Sala en su jurisprudencia de tutela, “[e]l **derecho fundamental a la salud debe ser garantizado de forma integral** y por ello se entiende todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, **exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados, así como también cualquier otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del paciente**”²⁴⁵ (negritas fuera de texto).

Esta postura de la Sala coincide con la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha desarrollado este asunto y ha señalado que el diagnóstico está compuesto por todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a demostrar la presencia de la perturbación de la salud, su causa, estado de evolución, sus complicaciones y eventuales consecuencias sobre el paciente. En la sentencia T-737 del 2013 el Alto Tribunal indicó al respecto lo siguiente:

*“Cuando una entidad encargada de la prestación de servicios médicos priva a las personas de su derecho a que se detecte con mayor precisión en qué consiste la enfermedad que las aqueja y cómo se puede tratar su padecimiento, cuando por acción u omisión deja de practicar o realiza de forma negligente un examen, o por el contrario niega la realización de una actividad que conduzca a determinar en forma veraz dicho diagnóstico, implica una manifiesta vulneración de los derechos fundamentales a la vida digna y a la integridad física, psíquica y emocional al paciente. Así mismo, ha sido la Corte enfática en señalar que es **al médico tratante al que le corresponde determinar, de conformidad con las circunstancias particulares de cada paciente, si es o no necesario realizar una actividad dirigida a determinar el estado de salud de las personas así como el posible tratamiento a seguir para obtener, bien la mejoría, o las posibles soluciones médicas que le permitan vivir en condiciones dignas, de modo que la entidad prestadora de salud no puede negarse a practicarlo sobre la base de aspectos económicos, administrativos o de conveniencia institucional.***

La órbita del derecho al diagnóstico se encuentra conformada por tres aspectos: (i) la práctica de las pruebas, exámenes y estudios médicos

3.21 **Continuidad.** Toda persona que habiendo ingresado al Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene vocación de permanencia y no debe, en principio, ser separado del mismo cuando esté en peligro su calidad de vida e integridad.

245 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 10 de diciembre de 2015, Rad. No. 13001 23 33 000 2014 00538 01. C.P.: Guillermo Vargas Ayala. Sobre el principio de integridad del servicio de salud, véase Corte Constitucional, sentencia T-576 de 2008.

ordenados a raíz de los síntomas presentados por el paciente, (ii) la calificación igualmente oportuna y completa de ellos por parte de la autoridad médica correspondiente a la especialidad que requiera el caso, y (iii) la prescripción, por el personal médico tratante, del procedimiento, medicamento o implemento que se considere pertinente y adecuado, a la luz de las condiciones biológicas o médicas del paciente, el desarrollo de la ciencia médica y los recursos disponibles.

*El derecho al diagnóstico es indispensable para lograr la recuperación definitiva de una enfermedad, al ser un aspecto integrante del derecho a la salud. Por lo anterior, **constituye el primer paso para garantizar la asistencia sanitaria y la ausencia del mismo impide la realización de un tratamiento.** Ahora bien, la vulneración de los derechos constitucionales por la negación del derecho al diagnóstico no sólo ocurre cuando este se niega, sino cuando no se práctica a tiempo o se realiza de forma negligente, complicando en algunos casos el estado de salud del paciente hasta el punto de llegar a ser irreversible su cura. En todo caso puede llegar a afectar gravemente la salud y la dignidad humana del paciente al someterlo de manera interminable a las afecciones propias de su mal estado de salud”* (negriilas fuera de texto).

En este contexto constitucional, legal y jurisprudencial, la Sala no abriga dudas respecto a que el primer contenido normativo de la instrucción novena de la circular demandada cuenta con plena cobertura jurídica de las normas superiores que debe desarrollar, pues no busca nada distinto a especificar un derecho de los usuarios y el correlativo deber en cabeza de los operadores del sector que emana nítido de las normas constitucionales y legales que rigen el Sistema General de Seguridad Social en Salud. De aquí que aunque el referido derecho al diagnóstico no existiera expresamente enunciado en tales normas, su reconocimiento y aplicabilidad era inequívoco, como se demuestra con el estudio de la jurisprudencia que lo hacía valer de manera cotidiana. Justamente su pacífica aceptación llevó a que la Ley Estatutaria del derecho a la salud (Ley 1751 de 2015) formalizara su reconocimiento en el literal d) de su artículo 10. Por esta razón, la Sección Primera del Consejo de Estado estima infundado el planteamiento sobre el que se pide su anulación.

De otra parte, el contenido normativo fijado en la segunda regla, relacionado con la obligación de los prestadores de salud de adoptar protocolos de diagnóstico integrales que hagan posible determinar si la mujer corre peligro en su salud como consecuencia del embarazo o si la viabilidad del *nasciturus* está comprometida por grave malformación, y establecer igualmente la salud mental de la usuaria, para lo cual fija un término de 30 días desde la publicación de la circular, encierra también una previsión legítima. Para la Sala envuelve **una proyección más del derecho al diagnóstico** referido en el apartado anterior, pero **con una dimensión**

procedimental y en el campo específico de los servicios de IVE a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud. En efecto, lo que hace la segunda regla de la instrucción novena es viabilizar el derecho al diagnóstico de todas las mujeres que acuden al Sistema General de Seguridad Social en Salud con el fin de determinar su estado de salud, para lo cual impone una obligación de corte procedimental: expedir un protocolo de atención rápida, enderezada a facilitar tanto el cumplimiento de las normas que regulan esta materia y los deberes que imponen, como su fiscalización. En últimas, como ha sido destacado por la jurisprudencia constitucional, “del derecho fundamental a la IVE surge la obligación de garantizarlo en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad, lo que, en los casos de la causal de peligro para la vida o la salud física o mental de la madre, incluye una importante faceta de diagnóstico y el correlativo deber de las EPS e IPS de contar con protocolos de diagnóstico rápido en aquellos eventos en que los/as profesionales de la salud advierten la posibilidad de que se configure ésta hipótesis o la mujer gestante alega estar incurso en ella, y desea someterse a la IVE, precisamente con el fin de determinar si se cumple el requisito impuesto en la sentencia C-355 de 2006 consistente en una certificación médica. Tales protocolos deben ser integrales, es decir, incluir una valoración del estado de salud mental pues la sentencia C-355 de 2006 concluyó que el peligro para la misma también es fundamento para una solicitud de IVE”²⁴⁶.

Los protocolos médicos, en un sentido amplio, son documentos técnicos de referencia que pueden tener origen en las autoridades sanitarias, así como en las mismas entidades prestadoras de los servicios o en asociaciones científicas o de expertos médicos. En ellos se definen los aspectos fundamentales de la atención clínica a un paciente en relación con una determinada patología o situación. Por ende resultan de utilidad para gestionar y mejorar los procesos de atención, así como para fijar estándares de diagnóstico, tratamiento y manejo de los pacientes y sus dolencias.

En el evento *sub examine* **LA SUPERINTENDENCIA no fijó un protocolo y lo impuso unilateralmente a los operadores del sector**. Simplemente, en consideración a la importancia del derecho al diagnóstico en los casos de IVE, en ejercicio de sus facultades legales y reglamentarias, **estableció la obligación de que cada institución prestadora de servicios de salud adoptara su propia guía de atención** de estos casos. Y fijó un plazo razonable para su adopción.

²⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia T-585 de 2010.

Para la Sala esta decisión se enmarca dentro de lo previsto por el artículo 6 del Decreto 2462 de 2013, de acuerdo con el cual:

ARTÍCULO 6o. FUNCIONES. *La Superintendencia Nacional de Salud ejercerá las siguientes funciones:*

(...)

4. *Emitir instrucciones a los sujetos vigilados sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones normativas que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación.*

(...)

10. *Inspeccionar, vigilar y controlar que la prestación de los servicios de salud individual y colectiva, se haga en condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y estándares de calidad, en las fases de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación en los diferentes planes de beneficios, sin perjuicio de las competencias asignadas, entre otras autoridades, a la Superintendencia del Subsidio Familiar, la Superintendencia de la Economía Solidaria y la Superintendencia Financiera.*

Para la Sala, la imposición de la obligación *sub examine* no solo se encuentra respetuosa de la autonomía técnica de cada entidad, sino que además se aprecia como un adecuado desarrollo de su responsabilidad como autoridad con facultades de vigilancia frente a los operadores del sector salud. Recuerda esta Corporación que a la luz de lo previsto por el artículo 35 de la ley 1122 de 2007 la vigilancia “consiste en la atribución de la Superintendencia Nacional de Salud para advertir, prevenir, **orientar, asistir y propender porque las entidades encargadas del (...) prestación del servicio de salud, (...) cumplan con las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud** para el desarrollo de este” (negritas fuera de texto).

El amplio margen de discrecionalidad que otorga esta habilitación legal a LA SUPERINTENDENCIA para llevar a cabo su tarea de vigilancia y control permite validar lo resuelto en la instrucción *sub examine*: si a juicio de la entidad el cumplimiento de las normas que establecen el derecho a la IVE y regulan su ejercicio demanda la adopción de un protocolo de manejo de tales situaciones, exigencia a todas luces razonable y proporcionada, en nada riñe con la ley, todo lo contrario, que se imponga su adopción autónoma por cada entidad, dentro de un plazo igualmente razonable.

En consecuencia, estima la Sala que la segunda regla integrada dentro de la instrucción novena se conforma a las facultades y responsabilidades

constitucionales, legales y reglamentarias de LA SUPERINTENDENCIA, además de consistir en **una imposición a todas luces razonable**, pues busca asegurar la materialización del derecho al diagnóstico como presupuesto irreductible para la efectividad del derecho a la salud de las mujeres, **y proporcionada**, pues en nada sacrifica ni restringe el ámbito de autonomía técnica de las entidades prestadoras, toda vez que el protocolo exigido no fue impuesto, sino remitido a la configuración discrecional de cada operador. En tales condiciones, la pretensión anulatoria debe ser rechazada. Máxime cuando este protocolo resulta esencial para asegurar un diagnóstico adecuado para, como se señaló líneas atrás al examinar la validez de la instrucción tercera, dictaminar si una mujer se encuentra o no en alguno de los supuestos a los que ha hecho referencia la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006, como presupuesto para el legítimo ejercicio del derecho a la IVE.

Esto último nos conduce al tercer contenido normativo, que impone a las entidades prestadoras del servicio de salud el deber de expedir el certificado médico respectivo cuando quiera que el diagnóstico practicado haya arrojado como resultado la configuración de alguna de las causales previstas por la jurisprudencia constitucional como habilitantes de la IVE. En línea con lo que se ha venido manifestando, no cabe duda que este deber resulta absolutamente instrumental al ejercicio legítimo del derecho del que son titulares las mujeres en las circunstancias definidas por la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006, pues sin dicho certificado no será viable la práctica legal de la IVE. En estas condiciones, y teniendo en cuenta que según lo previsto por el artículo 3 de la ley 23 de 1981 “[e]l médico dispensará los beneficios de la medicina a toda persona que los necesite, sin más limitaciones que las expresamente señaladas en esta ley”, y que según el artículo 15 del mismo estatuto “[e]l médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados”, es manifiesto que en el evento en que se establezca clínicamente que sí se configura peligro para la salud de la madre o que la vida extrauterina del *nasciturus* es inviable, **el profesional respectivo tiene el deber legal expedir el correspondiente certificado**, que haga posible la práctica legal del procedimiento.

Por último, el cuarto contenido normativo presente en la instrucción novena de la circular demandada impone un deber de información a LA SUPERINTENDENCIA respecto del cumplimiento de las obligaciones fijadas en esta instrucción. Para la Sala tampoco se observan razones para invalidar esta regla. No solo se trata de poner en valor, una vez más, la importancia central de la información dentro del

funcionamiento global del Sistema General de Seguridad Social en Salud; también de tener en cuenta que dentro de las facultades de inspección que legalmente ejerce LA SUPERINTENDENCIA, cuenta con amplias atribuciones para solicitar y analizar “la información que requiera sobre la situación de los servicios de salud”, conforme se dispone en el literal A del artículo 35 de la ley 1122 de 2007. Por lo tanto, el cargo elevado contra esta previsión será igualmente denegado.

viii) Décima instrucción:

Conforme a la décima instrucción los prestadores de servicios de salud, las entidades administradoras de planes de beneficios, públicos o privados, de carácter laico o confesional y las entidades territoriales, deben abstenerse de proferir juicios de valor o juicios de responsabilidad penal sobre las mujeres afiliadas a la entidad que soliciten la práctica de la IVE. Sus actuaciones deberán dirigirse exclusivamente a determinar la procedencia o no procedencia de la interrupción del embarazo bajo parámetros científicos y con apego al orden jurídico vigente.

Esta instrucción, que no busca nada distinto a delimitar el papel del médico en su relación con el paciente, especifica para el caso de la IVE deberes profesionales establecidos con total claridad por la ley 23 de 1981 en sus artículos 10, 11 y 15. En ellos se puede observar la base indiscutible de las exigencias fijadas por el reglamento, así:

La primera frase de la instrucción, que apunta a evitar que el médico tratante interfiera o coarte la libertad de decisión de que es titular la paciente mediante juicios de valor o comentarios intimidantes con amenazas de responsabilidad penal, tiene clara correspondencia con lo previsto por el artículo 11 de la ley 23 de 1981. De acuerdo con este precepto:

Artículo 11. La actitud del médico ante el paciente será siempre de apoyo. Evitará todo comentario que despierte su preocupación, y no hará pronósticos de la enfermedad sin las suficientes bases científicas. (subrayado y negrillas fuera de texto)

La segunda frase de la instrucción establece ya no un deber negativo similar al anterior, sino uno en sentido positivo, que insta al doctor a que circunscriba su análisis del caso a lo estrictamente médico. Con esa finalidad señala que la

actuación del galeno deberá dirigirse únicamente “a determinar la procedencia o no procedencia de la interrupción del embarazo bajo parámetros científicos y con apego al orden jurídico vigente”. La Sala encuentra que esta previsión no es más que una nítida especificación de los deberes que a los médicos han impuesto los artículos 10 y 15 de la ley 23 de 1981 en relación con su deber de diagnóstico y tratamiento adecuado de los pacientes:

Artículo 10. *El médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente.*

Parágrafo. *El médico no exigirá al paciente exámenes innecesarios, ni lo someterá a tratamientos médicos o quirúrgicos que no se justifiquen.*

Artículo 15. *El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.*

A la luz de este contexto normativo, es manifiesto que la instrucción novena cuenta con un fundamento legal adecuado y que no es más que una previsión estatuida por LA SUPERINTENDENCIA en ejercicio de sus facultades de inspección, varias veces referidas en esta providencia. En consecuencia el pedido de anulación de esta instrucción debe ser rechazado. En definitiva, como ha sido remarcado por la Corte Constitucional, “[n]o corresponde a la EPS censurar las decisiones autónomas de las mujeres sobre su salud y su autonomía sexual y reproductiva sino evaluar, desde el punto de vista de la prestación efectiva del servicio y la garantía del derecho al acceso a la salud, si la IVE es procedente en cada caso concreto, bajo criterios científicos y con observancia plena de la jurisprudencia de esta Corporación”²⁴⁷.

ix) Décima tercera instrucción:

Según la instrucción número trece, la inobservancia e incumplimiento de las instrucciones impartidas en la presente circular, acarrearán la imposición de las sanciones previstas en la Ley, tanto a título personal como institucional, a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud, conforme a lo establecido en la Constitución y la ley, sin perjuicio de las responsabilidades que pueda establecer otro tipo de autoridad.

²⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia T-636 de 2011.

Lejos de suponer una usurpación de funciones legislativas, por estar todo lo referente al *ius puniendi* del Estado reservado a la ley, el contenido de **esta disposición no tiene otro sentido que señalar las consecuencias que la ley ha previsto para el desconocimiento de las instrucciones impartidas** por LA SUPERINTENDENCIA. En efecto, de manera acorde con las exigencias de desarrollo legal que impone la reserva de ley de un determinado asunto, en este caso se observa que ha sido el propio legislador quién en el artículo 130 de la ley 1438 de 2011 reguló lo concerniente a la facultad sancionatoria administrativa del ente de control y en su numeral 7.º estableció como infracción administrativa el incumplimiento de las instrucciones y órdenes impartidas por él. Efectivamente, de acuerdo con el texto de esta disposición:

Artículo 130. Conductas que vulneran el Sistema General de Seguridad Social en Salud y el derecho a la salud. La Superintendencia Nacional de Salud, impondrá multas en las cuantías señaladas en la presente ley o revocará la licencia de funcionamiento, si a ello hubiere lugar, a las personas naturales y jurídicas que se encuentren dentro del ámbito de su vigilancia, así como a título personal a los representantes legales de las entidades públicas y privadas, directores o secretarios de salud o quien haga sus veces, jefes de presupuesto, tesoreros y demás funcionarios responsables de la administración y manejo de los recursos del sector salud en las entidades territoriales, funcionarios y empleados del sector público y privado de las entidades vigiladas por dicha Superintendencia, cuando violen las disposiciones del Sistema General de Seguridad Social en Salud, entre otras, por incurrir en las siguientes conductas:

(...)

130.7 Incumplir las instrucciones y órdenes impartidas por la Superintendencia, así como por la violación de la normatividad vigente sobre la prestación del servicio público de salud y el Sistema General de Seguridad (Sic) Social en Salud.

Por lo tanto, no cabe duda que se trata de una previsión legítima, completamente acorde con el propósito preventivo y orientativo que corresponde a las instrucciones de LA SUPERINTENDENCIA, en el marco de las normas que rigen sus competencias, ampliamente referidas en este fallo. En consecuencia la pretensión de anulación de este precepto debe ser rechazada.

x) Décima cuarta instrucción:

Dispone la instrucción décimo cuarta que en concordancia con lo establecido en la ley 715 de 2001, las entidades territoriales ejercerán la inspección, vigilancia y

control de los prestadores de servicios de salud dentro de su jurisdicción, para que verifiquen el cumplimiento de las instrucciones impartidas, siendo responsabilidad de LA SUPERINTENDENCIA ejercer el control sobre las entidades territoriales respecto del cumplimiento de este deber legal.

También frente a esta disposición administrativa encuentra la Sala un sustento legal adecuado. Constatar este aserto supone examinar lo previsto en la el artículo 43 de la ley 715 de 2001 y los artículos 118 y 121 de la ley 1438 de 2011, que establecen tanto las facultades de los entes territoriales para ejercer la vigilancia y control sobre los operadores del sector en su jurisdicción, como su condición de entidades sujetas a la vigilancia de LA SUPERINTENDENCIA. De conformidad con el artículo 43 de la ley 715 de 2001:

ARTÍCULO 43. COMPETENCIAS DE LOS DEPARTAMENTOS EN SALUD. *Sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia. Para tal efecto, se le asignan las siguientes funciones:*

43.1. De dirección del sector salud en el ámbito departamental.

43.1.5. Vigilar y controlar el cumplimiento de las políticas y normas técnicas, científicas y administrativas que expida el Ministerio de Salud, así como las actividades que desarrollan los municipios de su jurisdicción, para garantizar el logro de las metas del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud, sin perjuicio de las funciones de inspección y vigilancia atribuidas a las demás autoridades competentes.

Adicionalmente, el artículo 43 de la ley 715 de 2001 contempla la intervención de los municipios con funciones de vigilancia en los siguientes términos:

Artículo 44. Competencias de los municipios. *Corresponde a los municipios dirigir y coordinar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el ámbito de su jurisdicción, para lo cual cumplirán las siguientes funciones, sin perjuicio de las asignadas en otras disposiciones:*

(...)

44.1.3. *Gestionar y supervisar el acceso a la prestación de los servicios de salud para la población de su jurisdicción.*

De otra parte, según lo previsto en los artículos 118 y 121 de la ley 1438 de 2011:

Artículo 118. Desconcentración. *Con el fin de tener mayor efectividad en las actividades del sistema de inspección, vigilancia y control, la Superintendencia Nacional de Salud se desconcentrará y adicionalmente podrá delegar sus funciones a nivel departamental o distrital.*

La Superintendencia Nacional de Salud ejecutará sus funciones de manera directa o por convenio interadministrativo con las direcciones departamentales o distritales de salud, acreditadas, en el marco del Sistema Obligatorio de Garantía de la Calidad, las cuales para los efectos de las atribuciones correspondientes responderán funcionalmente ante el Superintendente Nacional de Salud (...).

Artículo 121. Sujetos de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud. Serán sujetos de inspección, vigilancia y control integral de la Superintendencia Nacional de Salud:
(...)

121.2. *Las Direcciones Territoriales de Salud en el ejercicio de las funciones que las mismas desarrollan en el ámbito del sector salud, tales como el aseguramiento, la inspección, vigilancia y control, la prestación de servicios de salud y demás relacionadas con el sector salud.*

Bajo estas condiciones, es claro que el contenido de la instrucción *sub examine* se ajusta integralmente y apenas puntualiza o especifica lo previsto al respecto por la ley. En consecuencia, el cargo de anulación debe ser desestimado.

Lo manifestado por la Corte Constitucional al respecto, de acuerdo con quien “[l]os departamentos, distritos y municipios están obligados a asegurar la **suficiente disponibilidad de servicios de la red pública** con el propósito de garantizarles a las mujeres gestantes el acceso efectivo al servicio de interrupción voluntaria del embarazo en condiciones de calidad y de salubridad”²⁴⁸, tan solo permite confirmar dicha conclusión.

xi) Décima quinta instrucción:

De conformidad con la instrucción décimo quinta, los prestadores de servicios de salud, las entidades administradoras de planes de beneficios, públicos o privados, de carácter laico o confesional y las entidades territoriales, tienen la obligación de acatar todos los fallos de la Corte Constitucional y aplicar las reglas sentadas en la sentencia C-355 de 2006 y en cualquier otra providencia que establezca parámetros respecto de la práctica de la IVE.

Para la Sala nada hay que reprochar a lo previsto en este dispositivo. Lo ya dicho sobre el carácter vinculante de las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional en ejercicio de sus funciones de control abstracto de constitucionalidad (artículo 243 de la Constitución), así como la obligatoriedad *inter*

248 Corte Constitucional, sentencia T-388 de 2009.

partes que producen los fallos de tutela, al igual que la fuerza vinculante relativa que despliegan las reglas fijadas jurisprudencialmente frente a casos análogos que se presentan en el futuro (i. e. precedentes²⁴⁹), explican este planteamiento. En efecto, en el contexto jurídico explicado ampliamente en esta providencia, el artículo 243 de la Constitución y el deber que impone de acatar las sentencias de constitucionalidad que hacen tránsito a cosa juzgada, lo mismo que el carácter vinculante de la jurisprudencia derivado de la garantía constitucional de la igualdad, la seguridad jurídica y la confianza legítima, fundamentan lo previsto por la instrucción décima quinta de la circular. No hay en ella nada distinto a la reiteración de prescripciones fijadas por preceptos superiores, que forman parte esencial del régimen normativo aplicable a la IVE. Por ende, en absoluto puede censurarse que LA SUPERINTENDENCIA precise su sentido en aras de facilitar y asegurar su cumplimiento. Quizás únicamente deba aclararse que su parte final, según la cual también resultan vinculantes para los operadores del sector salud las reglas fijadas “por cualquier otra providencia que establezca parámetros respecto de la práctica de la IVE”, no puede más que entenderse, como es natural, en el marco del desarrollo de la teoría del precedente desarrollada por la Corte Constitucional²⁵⁰. En consecuencia, conforme se explicó ampliamente en esta providencia²⁵¹, la vinculatoriedad *erga omnes* de los precedentes exige reconocer su relatividad, derivada de la posibilidad de apartamiento reconocida a los operadores jurídicos tanto por razones fácticas como jurídicas.

Finalmente, aclara la Sala que aunque posterior a la expedición del acto demandado, la ley 1571 de 2015 también puede ser referenciada como pertinente a la hora de examinar el sustento normativo de la circular demandada no solo porque respalda de forma clara varias de las instrucciones impartidas por LA SUPERINTENDENCIA (v. gr. la tercera, la novena o la décima, como se aprecia en el cuadro comparativo *ut supra*), sino porque además es patente que sus contenidos no hacen más que recoger, clarificar y acaso precisar disposiciones que ya hacían parte de nuestro ordenamiento jurídico. Por ende, es indudable que antes que un efecto de purga de una eventual ilegalidad del acto, su referencia no hace más que **reforzar la validez de que gozan instrucciones como la tercera, novena o décima la circular** gracias a lo previsto por el bloque legal analizado, vigente para el momento de su expedición.

249 Sobre la peculiar fuerza vinculante que se reconoce a los precedentes en el ordenamiento colombiano, véase *ut supra* el literal b) del apartado 4.1.3 de la parte motiva de este fallo.

250 Cfr. *ut supra* apartado 4.1.2 de la parte motiva de esta providencia.

251 *Vid. ut supra* el literal b) del apartado 4.1.3 de la parte motiva de esta decisión.

En consecuencia, por ser visible que las normas constitucionales y legales aquí examinadas (cfr. leyes 51 de 1981, 23 de 1981, 100 de 1993, 248 de 1995, 715 de 2001, 1122 de 2007 y 1438 de 2011) se encontraban en vigor para la fecha de la expedición de la Circular No. 003 de 2013, no hay duda que LA SUPERINTENDENCIA tenía plenas facultades para impartir instrucciones a sus vigilados en el sentido de especificar sus enunciados o de precisar cómo interpretar y aplicar sus preceptos en un ámbito tan sensible como el de la IVE. Por este motivo, frente a estas instrucciones el señalamiento de la demanda debe ser desestimado.

II) Instrucciones que tienen una cobertura parcial:

De otra parte, frente a las instrucciones plasmadas en el punto décimo segundo de la Circular No. 003 de 2013, encuentra la Sala que dado su contenido, su fundamento legal resulta en parte dudoso. Esto, toda vez que las normas constitucionales y legales que podrían servir de sustento a lo resuelto por LA SUPERINTENDENCIA no les ofrecen una cobertura total o plena.

En efecto, se tiene que el contenido de dicha instrucción se divide en tres partes: la primera, que indica que a falta de una norma legal que limite en el tiempo la práctica de la IVE, se debe garantizar el mínimo reconocido en la sentencia C-355 de 2006. La segunda, que señala que la decisión sobre la realización de la IVE en cada etapa de la gestación debe estar precedida de una ponderación de la causal invocada, los criterios médicos fundamentados en la condición física y mental de la mujer gestante y de la voluntad de esta última. La tercera parte, por último, señala que la IVE debe estar precedida de un consentimiento idóneo e informado sobre el procedimiento a realizar.

Así las cosas, y como se observa sin dificultad en el cuadro comparativo presentado *ut supra*, el fundamento normativo de las partes primera y tercera no ofrece duda alguna: la primera de ellas tiene el claro respaldo que brinda el artículo 243 de la Constitución, en virtud del cual resulta legítimo entender que “por expreso mandato constitucional, todas las autoridades públicas en Colombia, incluidas las autoridades administrativas y judiciales, deben acatar lo decidido por

la Corte en sus fallos de control de constitucionalidad”²⁵². Por ende, la instrucción fijada en esa primera parte no hace nada distinto a hacer valer lo resuelto en el fallo y precisar cómo debe entenderse en concreto lo resuelto por la Corte Constitucional en el precitado pronunciamiento. En últimas, “[n]i la Sentencia C-355 de 2006 ni ninguna norma legal ha fijado límite temporal alguno para la realización de la IVE en los casos despenalizados, por lo que no hay una regla general que impida la IVE después de cierto tiempo de gestación. Esta regla general tampoco puede ser establecida por los jueces ni por ninguna otra autoridad o particular que participe en el sistema de salud. Así, la decisión sobre la realización de la IVE en una etapa de gestación cercana al nacimiento debe ser tomada en cada caso concreto mediante una ponderación de la causal de que se trate, de criterios médicos soportados en la condición física y mental particular de la mujer gestante y, en todo caso, del deseo de la misma”²⁵³. En consecuencia, el precepto impuesto resulta plenamente válido a la luz de su fundamento.

De otro lado, en cuanto a la tercera parte de la instrucción en comento, encuentra la Sala que ella se halla nítidamente vinculada con lo previsto por el artículo 10 y por el párrafo 2º del artículo 16 de la ley 23 de 1981, de acuerdo con los cuales, de una parte, la persona tiene derecho a una comunicación plena, permanente y clara con el galeno tratante y a obtener una información clara, apropiada y suficiente sobre su tratamiento, que le permita tomar una decisión libre, consciente e informada²⁵⁴; y de otra, el médico debe advertir al paciente o a sus familiares y allegados sobre los riesgos previsibles del tratamiento o servicio, siendo incluso responsable por su imprevisión²⁵⁵. Por lo anterior, nada hay que objetar a esta previsión contenida dentro de la décima segunda instrucción. Menos aún cuando, como ha sido acentuado por la Corte Constitucional, “[c]omo toda intervención médica, la práctica de la IVE en estas condiciones debe estar precedida de un consentimiento idóneo e informado sobre el procedimiento a realizar y sus riesgos y beneficios”²⁵⁶.

Distinto es el caso de lo previsto en la segunda parte de la instrucción en cuestión (*“Así, la decisión sobre la realización de la IVE en cada etapa de la gestación debe ser tomada en cada caso concreto mediante una ponderación de (i) la causal de que se trate, (ii) de criterios médicos soportados en la condición física y mental*

252 Corte Constitucional, sentencia C-539 de 2011.

253 Corte Constitucional, sentencia T-841 de 2011.

254 Artículo 10 de la ley 23 de 1981.

255 Artículo 16 de la ley 23 de 1981.

256 Corte Constitucional, sentencia T-841 de 2011.

particular de la mujer gestante y, en todo caso, (iii) del deseo de la misma”), que por disponer con qué criterios se debe adoptar la decisión de practicar la IVE, **cercena la autonomía profesional de los médicos tratantes, sin que cuente para ello con un soporte legal válido**. Por ende, al dictar esta particular instrucción, LA SUPERINTENDENCIA obró fuera de sus competencias constitucionales y legales y es procedente su anulación.

III) Instrucciones que carecen por completo de cobertura:

Finalmente, encuentra la Sala que las instrucciones segunda, cuarta y décima primera carecen por completo de un fundamento normativo constitucional o legal, por ser solo reconducibles a las reglas fijadas por la jurisprudencia constitucional en sede de tutela, pese a que se introducen en ámbitos calificados por la Constitución como reservas de ley. En estos eventos, dada la manifiesta falta de competencia de LA SUPERINTENDENCIA para desplegar su facultad normativa sin una cobertura legal o constitucional apropiada, la pretensión anulatoria de la demanda se encuentra plenamente soportada.

En efecto, en la segunda instrucción se aprecia una regulación del servicio de salud orientado a asegurar la efectiva prestación de la atención médica en los casos de IVE; tema que si bien goza de una reserva de ley que ha sido notablemente flexibilizada por la jurisprudencia²⁵⁷, no puede ser ignorada y exige contar con un mínimo de cobertura legal adecuada, a toda luces ausente en el presente caso. Aunque en este evento se podría pensar que lo previsto por el literal p) del artículo 10 de la ley 1571 de 2015, que proclama como derecho de las personas el que no se le grave con cargas administrativas ni burocráticas que afecten la efectividad de su derecho, podría servir para remediar dicha situación, encuentra la Sala que además de resultar demasiado genérica dicha cobertura, dado el carácter congénito de los vicios invalidantes del acto (que nace con o sin fundamento), tal razonamiento no puede ser de recibo.

Por su parte, la instrucción cuarta se ocupa del tema de la objeción de conciencia. En ella se niega la posibilidad de ejercer este derecho a las personas jurídicas y se reserva a personas naturales que prestan de manera directa el servicio, con lo cual también se deja por fuera de su órbita de cobertura al personal administrativo al servicio de los entes hospitalarios. Además se fijan los requisitos para el

257 Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-263 de 2013.

ejercicio de este derecho. Al obrar de este modo, aunque claramente inspirada por la jurisprudencia constitucional que ha abordado el asunto en sede de tutela (en especial la sentencia T-388 de 2009), la Circular No. 003 de 2013 universalizó y normativizó reglas jurisprudenciales que aunque tienen vocación de ser aplicables en casos futuros similares a aquellos en los que fueron proferidas, no pueden generalizarse de manera impersonal y abstracta, como sucede por efecto del instrumento utilizado, sin una cobertura legal adecuada. Máxime cuando, como ocurre en el caso *sub examine*, resulta discutible que las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia T-388 de 2009 en relación con este asunto tengan el carácter de *ratio decidendi*, habida cuenta de la crasa falta de conexión del tema con los hechos particulares del caso²⁵⁸.

Otro es el panorama frente a la sentencia T-209 de 2008. En ella la controversia decidida sí involucra la objeción de conciencia presentada de manera individual pero masiva por los médicos de las instituciones que podían haber atendido a la menor de edad que había sido violada y resultó embarazada. No obstante, y aun si en gracia de discusión se admitiera que una regla de jurisprudencial puede ser objeto de universalización vía circular instructiva (como ocurre en el *sub iudice*), tampoco en dicho pronunciamiento la Corte Constitucional razona ni fija como regla fundamental o *ratio* de la decisión la prohibición de la objeción de conciencia institucional²⁵⁹. En consecuencia, al obrar de ese modo LA SUPERINTENDENCIA desbordó sus competencias.

258 De acuerdo con la presentación del caso que realiza la propia Corte Constitucional al iniciar sus consideraciones, los hechos materiales sobre los que se sustenta la cuestión son los siguientes: “[e]l peticionario, quien obra en nombre de su compañera permanente, solicitó le fuera realizado a esta última el procedimiento de interrupción del embarazo por grave malformación del feto –de conformidad con lo establecido en la sentencia C-355 de 2006, mediante la cual la Corte Constitucional, interpretando los arts. 122, 123 y 124 de la ley 80 de 2004, concluyó que resulta legítima la práctica del aborto inducido en algunas circunstancias, dentro de las cuales está el presentarse “grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico-, así como exigió a la E. P. S. le fueran practicados a la joven los exámenes de diagnóstico indispensables para determinar las causas de la malformación del feto. // A partir de las pruebas allegadas al expediente, se confirmó que con fundamento en los exámenes practicados a la actora, los médicos habían constatado polimalformación y probable displasia ósea del feto, por lo cual se convocó Junta Médica con la participación de médicos y médicas especialistas quienes llegaron a la conclusión de conformidad con la cual era preciso interrumpir el embarazo de manera urgente. // Una vez concedida la autorización para efectuar la interrupción del embarazo, la entidad demandada accedió a realizar el procedimiento pero el médico ginecólogo Jorge de Ávila solicitó orden de autoridad judicial para proceder a realizar tal intervención quirúrgica. De otra parte, SaludCoop E. P. S. se negó a llevar a cabo los exámenes de diagnóstico encaminados a determinar los motivos de las malformaciones en el feto. Alegó la E. P. S. que estas prestaciones no estaban incluidas en el Plan Obligatorio de Salud y que no se había probado por parte del peticionario la incapacidad de pago, con lo cual, insistió la entidad demandada, no resultaba factible aplicar las excepciones previstas por la jurisprudencia constitucional para reclamar prestaciones por fuera del POS”.

259 Para esta Sala de Decisión, el planteamiento fundamental de la Corte Constitucional en relación con esta cuestión gira en torno a la responsabilidad que les cabe a los profesionales de la salud frente al tratamiento del paciente y a la garantía de su derecho fundamental a la IVE cuando quiera que ejerzan el derecho a la objeción de conciencia. En efecto, según lo manifestado en la sentencia T-209 de 2008: “(...) respecto de las pruebas que obran en el expediente cabe recordar, que no basta que los profesionales de la salud anuncien la presentación de la objeción de conciencia para quedar eximidos de practicar el procedimiento de IVE, y con ello creerse exentos de todas responsabilidades, pues lo que les corresponde a éstos es cumplir con la

Por último, la décimo primera instrucción, que fija reglas para la práctica de la IVE, define un procedimiento a seguir en los casos en los que una paciente solicita este servicio. En este sentido, y aunque también relativizada por la jurisprudencia²⁶⁰, la Circular No. 003 de 2013 incurrió en un ámbito con reserva de ley (artículo 89 de la Constitución) sin contar con una base legal mínima que pudiera fundamentar la regulación expedida. Por lo tanto, también al dictar esta medida LA SUPERINTENDENCIA actuó fuera de sus competencias.

En este orden, los puntos segundo, cuarto y décimo primero de la Circular No. 003 de 2013 serán invalidados.

4.2. La supuesta relación de identidad entre la Circular No. 003 de 2013 y el Decreto 4444 de 2006.

Otro de los cargos expuestos por la parte demandante tiene que ver con la supuesta infracción por la circular atacada de la prohibición de reproducción de actos previamente anulados, contemplada por el artículo 237 del CPACA. En criterio de la actora, la Circular No. 003 de 2013 incurre en esta falta al contemplar medidas contenidas en el Decreto 4444 de 2006, anulado por sentencia de 13 de marzo de 2013 de la Sección Primera del Consejo de Estado (C.P.: María Claudia Rojas Lasso)²⁶¹. A juicio de la demandante, ello se observa frente a las reglas que contienen órdenes para todos los prestadores del servicio de salud (arts. 1 y 2 del Decreto e instrucciones primera y segunda de la circular); prohíben la erección de obstáculos o barreras que limiten o nieguen el derecho a la IVE (párrafo del art.

obligación adicional consistente en remitir de manera inmediata a la mujer solicitante a otro profesional habilitado para llevar a cabo el procedimiento, y así debe estar garantizado tanto por la red pública de salud como por las empresas promotoras de salud para sus afiliados, según lo dispone la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional. // Es decir, que si bien los profesionales de la salud tienen derecho a presentar objeción de conciencia, no pueden abusar del mismo utilizándolo como barrera para impedir, de manera colectiva o institucional, la realización del procedimiento de IVE, absteniéndose de remitir de manera inmediata de la madre gestante a otro médico que esté en disposición de llevarlo a cabo; y, las entidades promotoras o prestadoras de servicios de salud no pueden abusar de su posición dominante imponiendo a su staff de médicos la orden de no prestar el servicio de salud que legalmente corresponde a las mujeres para la práctica del IVE, como ocurrió en el presente caso. // En conclusión, en este caso, tanto las entidades de salud públicas y privadas como los médicos que atendieron el caso y presentaron de manera conjunta y unánime objeción de conciencia, desconocieron la Constitución, la sentencia C-355 de 2006 y los decretos reglamentarios expedidos por el Gobierno Nacional sobre la materia, y vulneraron los derechos fundamentales de la menor. // Ahora bien. **Con el fin de garantizar el derecho a la objeción de conciencia, pero también los derechos fundamentales de las mujeres, los profesionales de la medicina al presentar la mencionada objeción de conciencia deben proceder a remitir inmediatamente a la madre gestante a otro profesional habilitado para realizar el procedimiento. Y para que los profesionales de la salud puedan cumplir con dicha obligación, tanto las empresas promotoras de salud como las entidades de la red pública de prestadores de servicios de salud, deben garantizar a sus afiliadas un número adecuado de proveedores habilitados o disponibles para prestar el servicio de IVE**, según así lo dispone el Decreto 4444 de 2006" (negritas y subrayado fuera de texto).

260 Corte Constitucional, sentencia C-340 de 2006.

261 Rad. No. 11001 03 24 000 2008 00256 00.

2 del Decreto y numerales 2º y 5º de la instrucción segunda de la circular); proscriben la objeción de conciencia institucional (art. 5 del Decreto e instrucción segunda y cuarta de la circular); o regulan la no discriminación de las mujeres que acudan en busca del servicio y de los profesionales que lo presten (art. 6 del Decreto e instrucción octava de la circular).

De acuerdo con lo previsto por el artículo 237 del CPACA, “[n]ingún acto anulado o suspendido podrá ser reproducido si conserva en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas, a menos que con posterioridad a la sentencia o al auto, hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión”.

En vigencia del CCA, cuyo artículo 158²⁶² contemplaba una previsión similar al actual artículo 237 del CPACA, esta Sala de Decisión consideró que “son dos los presupuestos exigidos para predicar que se incurre en la prohibición de reproducir un acto anulado o suspendido: (i) Que el acto acusado tenga en esencia las mismas disposiciones legales anuladas o suspendidas; y, (ii) Que no hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o de la suspensión, según sea el caso”²⁶³.

Se trata de una norma nítidamente orientada a disciplinar las actuaciones de las autoridades administrativas, a salvaguardar la efectividad de la cosa juzgada de las sentencias del Contencioso Administrativo y a afianzar la eficacia del derecho de acceso a la administración de justicia de los particulares, que no solo implica la posibilidad de los ciudadanos de acudir y plantear un problema ante las autoridades judiciales y que éste sea resuelto en un tiempo razonable en el marco

262 Artículo 158. Reproducción del acto suspendido. Ningún acto anulado o suspendido podrá ser reproducido por quien los dictó, si conserva en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas a menos que con posterioridad a la sentencia o al auto hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión.

Deberán suspenderse provisionalmente los efectos de todo acto proferido con violación de los anteriores preceptos. La orden de suspensión, en este caso, deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, a pesar de que contra ella se interponga el recurso de apelación.

Cuando estando pendiente un proceso se hubiere ordenado suspender provisionalmente un acto, y la misma Corporación o funcionario lo reprodujere contra la prohibición que prescribe este artículo, bastará solicitar la suspensión acompañando copia del nuevo acto. Estas solicitudes se decidirán inmediatamente, cualquiera que sea el estado del proceso, y en la sentencia definitiva se resolverá si se declara o no la nulidad de estos actos.

La solicitud de suspensión provisional será resuelta por auto de la Sala, Sección o Subsección, contra el cual sólo procede, en los procesos de única instancia, el recurso de reposición y, en los de primera instancia, el de apelación. Este recurso se resolverá de plano; no impedirá el cumplimiento del auto ni suspenderá la tramitación del proceso ante el inferior, el cual actuará en copias y remitirá el original al superior.”

263 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 2 de julio de 2015, Rad. No. 11001-03-24-000-2008-00431-00. C.P.: Marco Antonio Velilla Moreno. En el mismo sentido, véase la sentencia del 6 de diciembre de 2012, Rad. No. 68001-23-31-000-1996-11959-01. C.P.: Guillermo Vargas Ayala; o el auto de 31 de marzo de 2011, Rad. No. 2009-01129. C. P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

de un debido proceso, sino además, y de manera muy especial, que **se cumpla de forma efectiva lo ordenado por el juez del caso**²⁶⁴. No tiene sentido que una vez pronunciada la invalidación de un acto administrativo porque se corroboró alguna de las causales de anulación previstas en la ley, se desconozca el sentido del fallo y se profiera un acto idéntico al que fue anulado. No puede perderse de vista que según lo previsto por el artículo 201 de la Constitución corresponde al Gobierno, frente a la Rama Judicial, “[p]restar a los funcionarios judiciales, con arreglo a las leyes, los auxilios necesarios para hacer efectivas sus providencias”.

Por estas razones, en caso que se presente la reproducción del acto anulado el legislador ha previsto en el artículo 239 del CPACA un procedimiento especial, informal y expedito, que simplifica los trámites para la toma de la decisión por parte del juez que decretó la anulación, contemplando la suspensión provisional inmediata del nuevo acto una vez se verifique el fundamento del caso presentado²⁶⁵.

Con todo, la aplicación de estas medidas, se reitera, está sujeta a que el acto acusado tenga en esencia las mismas disposiciones que las que resultaron anuladas o suspendidas de manera previa, y a que se mantengan los fundamentos legales de la anulación o de la suspensión, es decir, a que no se haya corregido o subsanado la situación que originó el vicio responsable de la anulación decretada.

Lo anterior implica verificar en primer lugar si se produce la referida identidad sustancial a que hace referencia la demanda, para en segundo término, en caso de corroborarse dicha reproducción, examinar si los fundamentos de la anulación del Decreto 4444 de 2006 persisten o si existe alguna circunstancia que justifique y convalide la decisión oficial de proferir un nuevo acto con un contenido igual al previamente anulado.

264 Cfr. las sentencias T-553 de 1995, T-406 de 2002, T-1051 de 2002, o T-283 de 2013 de la Corte Constitucional.

265 **Artículo 239. Procedimiento en caso de reproducción del acto anulado.** El interesado podrá pedir la suspensión provisional y la nulidad del acto que reproduce un acto anulado, mediante escrito razonado dirigido al juez que decretó la anulación, con el que acompañará la copia del nuevo acto.

Si el juez o Magistrado Ponente considera fundada la acusación de reproducción ilegal, dispondrá que se suspendan de manera inmediata los efectos del nuevo acto, ordenará que se dé traslado de lo actuado a la entidad responsable de la reproducción y convocará a una audiencia, con el objeto de decidir sobre la nulidad. En esa audiencia, el juez o Magistrado Ponente decretará la nulidad del nuevo acto cuando encuentre demostrado que reproduce el acto anulado, y compulsará copias a las autoridades competentes para las investigaciones penales y disciplinarias a que hubiere lugar.

La solicitud será denegada, cuando de lo debatido en la audiencia se concluya que la reproducción ilegal no se configuró.

Toda vez que según los señalamientos de la demanda este cargo es predicable de las instrucciones primera, segunda, cuarta y octava, por reproducir respectivamente los artículos 1, 2, 5 y 6 del Decreto 4444 de 2006, y puesto que de conformidad con lo expuesto en el apartado anterior la Sala declarará la nulidad de las instrucciones segunda y cuarta por carecer por completo de una cobertura constitucional o legal apropiada, el análisis que se hace a continuación recaerá únicamente sobre las instrucciones primera y octava.

Decreto 4444 de 2006	Circular No. 003 de 2013
<p>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.</p> <p>Los servicios de interrupción voluntaria del embarazo en los casos y condiciones establecidas en la Sentencia <u>C-355</u> 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.</p> <p>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</p>	<p>Primera. IVE. Los Prestadores de Servicios de Salud, las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios, públicos o privados, de carácter laico o confesional y las Entidades Territoriales, están en la obligación de prestar el servicio de interrupción voluntaria del embarazo a mujeres incursas en cualquiera de las causales establecidas en la Sentencia C-355 de 2006, en cumplimiento de los principios de igualdad, universalidad, calidad, seguridad y eficiencia</p>

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 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;

Octava. No discriminación. Los Prestadores de Servicios de Salud, las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios, públicos o privados, de carácter laico o confesional y las Entidades Territoriales, no pueden ejercer prácticas discriminatorias en contra de las mujeres que soliciten la IVE, ni en contra de quienes atienden la solicitud.

<p>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;</p> <p>c) Afiliación a una Entidad Promotora de Salud o a una Administradora del Régimen Subsidiado y acceso a los servicios de salud;</p> <p>d) Ingreso, permanencia o realización de cualquier tipo de actividad cultural, social, política o económica;</p> <p>e) Contratación de los servicios de salud no relacionados con la prestación de los servicios de que trata el presente decreto.</p>	
--	--

Para la Sala el anterior cotejo evidencia que aun cuando no se pueda afirmar que la Circular No. 003 de 2013 reproduzca literalmente las disposiciones anuladas del Decreto 4444 de 2006, es indudable que entre ellas existe una marcada relación de semejanza, que hace procedente examinar el segundo requisito para la configuración del cargo, esto es, verificar si frente a las disposiciones del acto atacado se puede predicar el fundamento o la regla que originó la anulación del acto precedente. Esto implica determinar cuál fue la *ratio* o principio decisorio de la sentencia proferida por la Sala el 13 de marzo de 2013 con el fin de determinar si las razones que justificaron la anulación allí decretada son predicables de las instrucciones primera y octava de la Circular No. 003 de 2013.

De acuerdo con lo expuesto en aquella ocasión:

“(....) 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, llegando al punto de estar reglamentando una sentencia judicial, se configuró una indebida ingerencia (sic) 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”²⁶⁶.

En concordancia con esta motivación, que constituye el núcleo del razonamiento que dio lugar a la anulación total del Decreto 4444 de 2006, se tiene que (i) ella obedeció a la indebida utilización por el Ejecutivo de la potestad reglamentaria que le confiere el artículo 189.11 de la Constitución, cuyo ejercicio presupone siempre la existencia de una norma con rango de ley que requiera ser precisada o puntualizada por el correspondiente decreto reglamentario; por lo cual (ii) tal decisión no se adoptó por razones de fondo sino de forma, más exactamente de tipo competencial, toda vez que las facultades reglamentarias del Presidente no pueden ser invocadas y ejercidas para reglamentar una sentencia. De donde se deriva, como se manifiesta en el propio cuerpo del fallo, que (iii) lo allí resuelto “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 CP”²⁶⁷.

Siendo esto así, no hay duda que el fundamento de la sentencia de 13 de marzo de 2013 no puede extrapolarse al caso *sub examine*, toda vez que como se manifiesta en el propio inicio de las consideraciones que presiden el cuerpo de la circular, ella **fue proferida por LA SUPERINTENDENCIA “en ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control”, y no en desarrollo de la potestad reglamentaria del Presidente conferida por el artículo 189.11 de la Constitución**; la cual, como tiene establecido la jurisprudencia, “ejerce el Presidente de la República por derecho propio y con carácter permanente”²⁶⁸, y que además “se caracteriza por ser una atribución constitucional inalienable,

266 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 13 de marzo de 2013, Rad. No. 11001-03-24-000-2008-00256-00. C.P.: María Claudia Rojas Lasso.

267 Ídem.

268 Corte Constitucional, sentencia C-512 de 1997.

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”²⁶⁹.

En este orden, si como quedó establecido en el apartado 4.1.2 de esta providencia, corresponde a LA SUPERINTENDENCIA el ejercicio de la función de inspección, vigilancia y control sobre el SGSSS, y en tal virtud el numeral 4º del artículo 6 del Decreto 2462 de 2013, norma que modificó la estructura de LA SUPERINTENDENCIA, le reconoció expresamente la facultad de “[e]mitir instrucciones a los sujetos vigilados sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones normativas que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación”, esto es, un poder de instrucción específico enderezado a facilitar a sus vigilados el cumplimiento de las normas cuya vigilancia y control le corresponde, no hay duda que el cargo planteado por la demandante no se configura. Ello, en atención a que si bien es cierto que existe una relación de similitud entre las instrucciones primera y octava de la Circular No. 003 de 2013 con los artículos 1, 2 y 6 del Decreto 4444 de 2006, anulado mediante sentencia de 13 de marzo de 2013 de esta misma Sala de Decisión, no lo es menos que el fundamento de tal decisión anulatoria no es predicable del acto bajo revisión. Por ende, no se cumple el segundo requisito establecido por el artículo 237 del CPACA. En consecuencia, el cargo planteado debe ser desestimado.

De otro lado, y aun cuando no figura dentro del cargo expuesto en la demanda, en las alegaciones de conclusión tanto la parte demandante como el Ministerio Público hicieron referencia al presunto desconocimiento del fallo anulatorio proferido por esta Sala de Decisión el 23 de mayo de 2013 (Rad. No. 11001032400020120001700. C.P.: María Elizabeth García González) frente a circulares de contenido y propósito análogo al de la Circular No. 0003 de 2013. En efecto, en sentencia de 23 de mayo de 2013 (con salvamento de voto de quien proyecta esta decisión) la Sección Primera declaró la nulidad parcial de la Circular Externa No. 0058 de 27 de noviembre de 2009, expedida por la Superintendencia Nacional de Salud, dirigida a las “Entidades Administradoras de Planes de Beneficios”, sobre “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”; lo

269 Ídem.

mismo que la nulidad integral de la Circular Externa No. 0003 de 27 de septiembre de 2011, expedida por la misma entidad, dirigida a “Los prestadores de servicios de salud, las entidades promotoras de salud del régimen contributivo, las entidades promotoras de salud del régimen subsidiado, los regímenes especiales o excepcionales, las entidades administradoras de planes voluntarios de salud y las entidades territoriales”, cuyo asunto era el “Cumplimiento de las directrices de las Sentencias C-355 de 2006 y T-388 de 2009 de la Corte Constitucional”.

Con todo, pese a que formalmente no se trata de un nuevo cargo, ya que se alude a la reproducción de un acto anulado, el cual fue formulado por el demandante *ab initio*, la Sala advierte que materialmente tal señalamiento representa un motivo de censura frente al cual la parte demandada tiene el derecho a ejercer la garantía de la defensa y contradicción que le asegura el artículo 29 de la Constitución, lo cual no ocurrió. Por esta razón, en aras de respetar la citada garantía constitucional, lo referente a este reproche no será tenido en cuenta por este Juez.

De cualquier manera, la Sala deja constancia de que la motivación esencial del pronunciamiento anulatorio adoptado en dicho pronunciamiento fue la falta de competencia de LA SUPERINTENDENCIA para regular cuestiones con reserva de ley, argumento que, conforme quedó explicado líneas atrás, fundamenta la decisión de anular de los puntos segundo, cuarto, décimo primero y décimo segundo párrafo segundo de la Circular No. 003 de 2013, que se adoptará en el *sub examine*.

4.3. La supuesta falsa motivación de la Circular No. 003 de 2013.

Finalmente, sostiene la demandante que respecto del acto atacado se configura una falsa motivación, toda vez que LA SUPERINTENDENCIA dio a las sentencias de tutela invocadas como fundamento de la circular “un alcance que no tienen”²⁷⁰. Lo anterior, afirma, por cuanto tales providencias “no se relacionan directamente con el tema de la interrupción voluntaria del embarazo, ni mucho menos la facultan para expedir instrucciones en relación con este asunto. De ahí entonces que a ellas no pueda dárseles el alcance de servir de fundamento para la expedición de reglamentaciones en ese sentido”²⁷¹.

270 Fl. 41.
271 Ídem.

Como ha sido expresado por esta Sala, “la validez del acto administrativo también depende de que los motivos por los cuales se expide sean ciertos, pertinentes y tengan el mérito suficiente para justificar la decisión que mediante el mismo se haya tomado. Es decir, que correspondan a los supuestos de hecho y de derecho jurídicamente necesarios para la expedición del acto administrativo de que se trate, y que se den en condiciones tales que hagan que deba preferirse la decisión tomada y no otra”²⁷². Por ende, por constituir la motivación un elemento esencial de la validez del acto administrativo, los supuestos de motivación sesgada, torticera o no acorde con la realidad de las cosas (falaz) o de lo acreditado en el correspondiente procedimiento administrativo (engañoso), originan el vicio de la falsa motivación y traen consigo la invalidación del acto. Según ha explicado esta Sala de Decisión el vicio de falsa motivación “se configura cuando las circunstancias de hecho y de derecho que se aducen para la emisión del acto administrativo correspondiente, traducidas en la parte motiva del mismo, no tienen correspondencia con la decisión que se adopta o disfrazan los motivos reales para su expedición”²⁷³.

Por lo anterior, la efectiva declaración de la falsa motivación de un acto administrativo presupone la debida acreditación por parte del demandante de la falsedad o disconformidad con la realidad (material o procesal) de las razones esgrimidas por la Administración para su expedición, pues no basta simplemente con afirmar que existe tal discordancia; es preciso probarla. En consecuencia, este vicio “plantea para el juzgador un problema probatorio, de confrontación de dos extremos, como son lo dicho en el acto y la realidad fáctica y/o jurídica atinente al mismo, con miras a comprobar la veracidad”²⁷⁴; confrontación que naturalmente debe surtirse en el marco de las pruebas y los razonamientos expuestos por la parte demandante en desarrollo de la carga de la prueba que le asiste (artículo 167 CGP).

272 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 7 de junio de 2012, Rad. No. 11001-0324-000-2006-00348-00. C.P.: Marco Antonio Velilla Moreno (E).

273 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 22 de octubre de 2015, Rad. No. 05001-23-31-000-2010-01408-01. C.P.: Roberto Serrato Valdés. Sobre el tema, véanse también, de la Sección Segunda, Subsección A, la sentencia del 7 de marzo de 2013, Rad. No. 25000-23-25-000-2009-00614-01 (0482-12). C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; o de la Sección Cuarta, la sentencia del 15 de marzo de 2012, Rad. No. 25000-23-27-000-2004-92271-01 (16660). C.P.: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

274 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 7 de junio de 2012, Rad. No. Rad. No. 11001-0324-000-2006-00348-00. C.P.: Marco Antonio Velilla Moreno (E).

En el caso concreto se observa que la parte demandante antes que cuestionar la legitimidad o veracidad de la motivación de la Circular No. 003 de 2013 busca, de nuevo, atacar el fundamento de la misma. Ello, por cuanto es evidente que la motivación del acto demandando, como se deriva tanto de la descripción formal del “Asunto” que encabeza el texto²⁷⁵, como de las consideraciones expresadas en su parte motiva, no es otra que asegurar el cumplimiento de lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006 y garantizar el derecho a la IVE allí reconocido a todas las mujeres que se encuentran en las circunstancias detalladas por dicha sentencia. Por ende, por haberse debatido en extenso en el apartado 4.1 y sus subapartados lo referente a la competencia de LA SUPERINTENDENCIA y al fundamento constitucional y legal de las instrucciones impartidas en la circular demandada, la Sala se negará el cargo de falsa motivación por no encontrar prueba ni razonamiento alguno que evidencie alguna irregularidad en este extremo del acto controlado.

5.- Resolución del caso concreto.

De acuerdo con los razonamientos anteriores, la Sección Primera del Consejo de Estado declarará la nulidad de las instrucciones segunda, cuarta y décima primera en su integridad, y del párrafo 2º de la instrucción décima segunda de la Circular No. 003 de 2013, por carecer por completo de un fundamento normativo constitucional o legal adecuado y encerrar un desbordamiento de las competencias de LA SUPERINTENDENCIA. Igualmente declarará que el inciso 2.º de la instrucción tercera de la Circular No. 003 de 2013, expedida el 26 de abril de ese año por la Superintendencia Nacional de Salud, es válida siempre que se entienda que en el caso de las mujeres con discapacidad, la solicitud de IVE puede efectuarla su representante legal o quien quiera que actúe legítimamente en su nombre, sin requisitos formales adicionales al denuncia penal por acceso o acto carnal violento o abusivo, cuando tal sea la causal invocada, o la certificación de un médico que acredite la situación de riesgo correspondiente cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, o exista grave malformación del feto que haga inviable su vida. Los demás cargos planteados serán rechazados con base en los argumentos expuestos a lo largo de esta providencia.

275 “**ASUNTO:** Por la cual se imparten instrucciones sobre la interrupción voluntaria del embarazo (IVE), en aplicación de la Constitución Política de Colombia, los tratados internacionales y las sentencias de la Corte Constitucional, y se deroga la Circular número 03 de noviembre de 2011”.

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

FALLA:

PRIMERO: ANULAR las instrucciones segunda, cuarta y décima primera en su integridad, y el párrafo 2º de la instrucción décima segunda de la Circular No. 003 de 2013, expedida el 26 de abril de ese año por la Superintendencia Nacional de Salud.

SEGUNDO: DECLARAR que el inciso 2.º de la instrucción tercera de la Circular No. 003 de 2013, expedida el 26 de abril de ese año por la Superintendencia Nacional de Salud, es válida siempre que se entienda que en el caso de las mujeres con discapacidad, la solicitud de IVE puede efectuarla su representante legal o quien quiera que actúe legítimamente en su nombre, sin requisitos formales adicionales al denuncia penal por acceso o acto carnal violento o abusivo, cuando tal sea la causal invocada, o la certificación de un médico que acredite la situación de riesgo correspondiente cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, o exista grave malformación del feto que haga inviable su vida.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: ACEPTAR la renuncia de MÓNICA ARANGO OLAYA al poder conferido por DIANA CAROLINA VIVAS MOSQUERA, del Centro de Derechos Reproductivos, para representarla en calidad de coadyuvante de la parte demandada.

QUINTO: En firme esta providencia archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Presidente
Aclara voto

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
Aclara voto

GUILLERMO VARGAS AYALA

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

ACLARACION DE VOTO DE MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

Bogotá, D.C., trece (13) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00257-00

Actor: HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN IGNACIO

Demandado: SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Compartí la decisión mayoritaria plasmada en la providencia de 13 de octubre de 2016, que anuló las instrucciones segunda, cuarta y décima primera en su integridad y el parágrafo 2° de la instrucción décima segunda de la Circular núm. 003 de 26 de abril de 2013, expedida por la Superintendencia Nacional de Salud, por cuanto al igual que en las sentencias de 13 de marzo y 23 de mayo de 2013, proferidas dentro de los expedientes núms. 2008-00256-00 y 2012-00017-00, se parte de la premisa de que no es posible entrar a reglamentar un tema sin que hubiese una Ley previa que lo regulara y desarrollara.

Es menester aclarar que las consideraciones que en tales pronunciamientos se hicieron resultan diferentes a la adoptada en el proveído de 27 de agosto de 2015 (Expediente núm. 2015-00194-00. Actor: Marco Fidel Ramírez, Magistrada ponente María Elizabeth García González), a través del cual se denegó la suspensión provisional de los efectos de la Resolución núm. 1216 de 20 de abril de 2015, ***“Por medio de la cual se da cumplimiento a la orden cuarta de la sentencia T-970 de 2014 de la Honorable Corte Constitucional en relación con las directrices para la organización y funcionamiento de los Comités para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad”***, expedida por el Ministro de Salud y Protección Social.

Ello, por cuanto el acto acusado en este último proceso no reguló o reglamentó directamente el derecho fundamental a morir dignamente, sino que sólo se limitó a cumplir una providencia judicial en la cual la Corte Constitucional fue la que directamente hizo tal reglamentación o regulación amparada en la ausencia de normas infra-constitucionales que hicieran efectivo el referido derecho, por lo que se hacía necesario contemplar un procedimiento temporal que garantizara su protección.

En estos términos dejo explicada mi aclaración de voto frente al asunto de la referencia.

Fecha ut supra,

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
Consejera

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO – No es un derecho fundamental autónomo / INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO – Es una facultad de la mujer

Mediante la Sentencia C-355 de 2008, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, [...] Esta providencia judicial, en modo alguno, pone de presente o extracta un derecho fundamental autónomo a la interrupción voluntaria del embarazo, como lo sugiere la providencia judicial del 13 de octubre de 2010, siguiendo para el efecto, entre otras, la Sentencia T-585 de 2010 de la Corte Constitucional, [...] Este despacho considera que lo que existe es la posibilidad de que en los eventos previstos por la Corte Constitucional en la señalada sentencia, las mujeres puedan optar por interrumpir su embarazo y es en este contexto que el Estado, quien tiene a su cargo el servicio público de Salud, debe disponer de todos los medios que garanticen la materialización de esa facultad, en las situaciones que prevé la Sentencia C-355 de 2008.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

ACLARACION DE VOTO DE ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00257-00

Actor: HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN IGNACIO

Demandado: SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD

Con el acostumbrado respeto por esta Sala, procedo a indicar los motivos por los cuales, si bien comparto la decisión proferida el 13 de octubre de 2016, en el

proceso que se identificó líneas atrás, aclaro mi voto en relación con un aspecto contenido en la parte motiva del proveído en cuestión.

1.- El aspecto contenido en la parte motiva sobre el cual recae la presente aclaración de voto

La sentencia del 13 de octubre de 2016, plantea la existencia de un derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo. Al respecto, la providencia señala:

“4.1.1.- Los derechos fundamentales a la vida, a la IVE y a la objeción de conciencia como ámbitos constitucionalmente reservados a la ley.

(...)

Lo anterior, dado el nexo que une al derecho fundamental a la IVE con el derecho a la salud. Para la Sección Primera del Consejo de Estado la proclamación constitucional de la dignidad humana como derecho fundamental y principio vertebrador del ordenamiento jurídico (artículo 1), así como la proclamación del libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), del derecho a la vida (artículo 11), a la salud (artículos 48 y 49) y de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer (artículo 43), lo mismo que lo previsto al respecto por distintos instrumentos internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad (artículo 93) y lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006 y en la abundante jurisprudencia de tutela que se ha ocupado del derecho fundamental a la Interrupción Voluntaria del Embarazo de las mujeres que se encuentran en los tres supuestos definidos por la Corte. Derecho fundamental cuya efectividad está directamente ligada con la responsabilidad del Estado en materia de salud, por lo cual las garantías de su disfrute dependen del cumplimiento por parte de las autoridades de su obligación de asegurar el acceso a servicios de salud prestados de manera integral, oportuna, con calidad y eficacia. Esta obligación es expresión del deber de garantía de los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud contemplado en el artículo 49 de la Carta, del derecho fundamental a la salud y a la vida, de la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y del bloque de constitucionalidad (...).»

2.- Fundamento de la aclaración

Mediante la Sentencia C-355 de 2008, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, en el entendido que no se incurre en el 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 (...)»

En relación con el caso concreto, la Corte Constitucional consideró que la decisión de penalizar el aborto en forma completa e incondicional es desproporcionada en la medida en que anulaba totalmente los derechos de las mujeres embarazadas, que se encuentran garantizados por la Constitución Política y por el bloque de constitucionalidad. De igual forma, estimó que la declaratoria de inexecutable total del artículo implicaba la desprotección del derecho a la vida e impediría que el ordenamiento jurídico sobre el aborto surtiera sus efectos en situaciones donde la Constitución no lo ha ordenado permitir.

Es por ello que, en virtud del principio de conservación del derecho, se profirió una decisión de exequibilidad condicionada en la cual no se considera que se incurra en el delito de aborto en las hipótesis mencionadas anteriormente, con lo que se impide que la debida protección a la vida en gestión afecte en forma desproporcionada los derechos de la mujer embarazada.

Esos derechos involucrados en esa controversia eran, de un lado, los derechos de la madre gestante tales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, y el derecho a la salud. Del otro lado, se encontraba el derecho a la vida (en gestación).

Esta providencia judicial, en modo alguno, pone de presente o extracta un derecho fundamental autónomo a la interrupción voluntaria del embarazo, como lo sugiera la providencia judicial del 13 de octubre de 2010, siguiendo para el efecto, entre otras, la Sentencia T-585 de 2010 de la Corte Constitucional, la cual expresa, a manera de conclusión, lo siguiente:

«(...) 23.- De conformidad con lo anterior, la Sala concluye que, a partir de la sentencia C-355 de 2006, existe en Colombia un derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo en cabeza de las mujeres que se encuentran incursas en las tres hipótesis despenalizadas, derivado del contenido de los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida y a

la salud física y mental y que se inscribe en la categoría de los derechos reproductivos (...)».

Este despacho considera que lo que existe es la posibilidad de que en los eventos previstos por la Corte Constitucional en la señalada sentencia, las mujeres puedan optar por interrumpir su embarazo y es en este contexto que el Estado, quien tiene a su cargo el servicio público de Salud, debe disponer de todos los medios que garanticen la materialización de esa facultad, en las situaciones que prevé la Sentencia C-355 de 2008.

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Presidente