

**Honorable Magistrada  
María Claudia Rojas Lasso  
Sección Primera del Consejo de Estado  
E.S.D.**

*Expediente: 2008-00256-00*

*Demandante: Luis Rueda Gómez*

*Asunto: impugnación de la demanda*

Nosotros, Rodrigo Uprimny Yepes, identificado con C.C. No. 79.146.539 de Usaquén, Luz María Sánchez Duque, identificada con C.C. No. 30.233.501 de Manizales, Diana Esther Guzmán Rodríguez, identificada con C.C. No. 52.886.418 de Bogotá; y Nelson Camilo Sánchez León, identificado con C.C. No. 11.203.155 de Chía, integrantes del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –DeJuSticia-, obrando en calidad de ciudadanos colombianos, nos dirigimos a ustedes con el fin de solicitar, con fundamento en el artículo 146 del Código Contencioso Administrativo, nuestro reconocimiento como parte impugnante en el proceso de la referencia, y que una vez nos sea reconocida tal calidad, sean tenidos en cuenta los siguientes argumentos de oposición a la demanda de nulidad instaurada en contra del decreto 4444 de 2006.

## **1. Consideraciones generales**

Antes de exponer los argumentos de oposición frente a cada uno de los cargos de la demanda de nulidad, estimamos oportuno realizar unas consideraciones generales a modo de presupuestos argumentativos de la discusión. Tales presupuestos se refieren a: (i) los efectos de la sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional que despenalizó el aborto en tres circunstancias y su relación con el decreto 4444 de 2006; y (ii) el alcance de la potestad reglamentaria del Presidente de la República en materia de la prestación del servicio de salud.

### **a. La sentencia C-355 de 2006 y su relación con el Decreto 4444 de 2006**

El artículo 122 de la Ley 599 de 2000 tipifica el delito de aborto e impone una pena de 16 a 54 meses de prisión tanto a la mujer que causa su aborto o permite que otro se lo cause, como a quien lo realiza con el consentimiento de la mujer. La Corte Constitucional a través de la sentencia C-355 de 2006 declaró la exequibilidad condicionada de dicho artículo bajo el entendido de 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”<sup>1</sup>.*

El fallo de la Corte tiene efectos inmediatos en materia de despenalización del aborto en las tres circunstancias indicadas, de tal modo que a partir de él ninguna mujer que se encuentre en cualquiera de esas circunstancias y que se practique un aborto podrá ser juzgada por esa conducta, así como tampoco podrá serlo la persona que se encargue de practicar el aborto a la mujer. Así lo dijo la misma Corte: *“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 esta protegidos no requiere de desarrollo legal o reglamentario alguno”<sup>2</sup>.*

Sin embargo, el que la despenalización parcial del aborto no precise de ninguna norma legal o reglamentaria para surtir efectos, no implica que las autoridades competentes carezcan de potestad para adoptar decisiones en materia de regulación de la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo. La misma Corte así lo indicó al advertir que el carácter inmediato de los efectos del fallo *“no obsta para que los órganos competentes, si lo consideran conveniente, expidan normas que fijen políticas públicas acordes con esta decisión”<sup>3</sup>.*

Ahora bien, para comprender el tipo de decisiones de política pública que resultan acordes con la sentencia en cuestión, es preciso resaltar que esta tuvo dos efectos en el ordenamiento jurídico. Al primero de estos ya hicimos referencia: el impacto en materia penal consistente en la despenalización parcial del aborto a la que se refiere explícitamente la parte resolutive del fallo. Como ya lo advertimos, la misma Corte indicó que este efecto era inmediato y que no requería por tanto ningún tipo de regulación. El segundo es el impacto en el sistema de salud que se desprende de la concreción del derecho de las mujeres a acceder al servicio de interrupción voluntaria del embarazo en condiciones de salubridad en las hipótesis previstas en el fallo. Aunque este derecho no es incluido explícitamente en la parte resolutive de la sentencia, sí hace parte de su *ratio decidendi* y, en tal sentido, resulta también de obligatorio cumplimiento por parte de todas las autoridades públicas<sup>4</sup>.

En efecto, la razón de la despenalización parcial del aborto fue la constatación de que en los casos de embarazo no consentido (inseminación artificial y violación), amenaza a la salud o la vida de la mujer gestante e inviabilidad del feto, el deber de protección de la vida en gestación no podía anteponerse a derechos constitucionales de la mujer. Así, al referirse a los casos de inseminación artificial y violación, la Corte indicó que *“[l]levar el deber de protección estatal a la vida en gestación en estos casos excepcionales hasta el extremo de penalizar la interrupción del embarazo, significa darle una prelación absoluta a la vida en gestación sobre los derechos fundamentales comprometidos de la*

---

<sup>1</sup>Corte Constitucional, sentencia C-355 de 2006, MP. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández

<sup>2</sup>Ibíd, considerando 11

<sup>3</sup>Ibídem

<sup>4</sup> Acerca del carácter vinculante de la *ratio decidendi* ver, entre otras, la sentencia SU-047 de 1999.

*mujer embarazada, especialmente su posibilidad de decidir si continúa o no con un embarazo no consentido”<sup>5</sup>. Igualmente, al referirse al caso de riesgo para la vida o la salud de la madre, advirtió que “el Estado no puede obligar a un particular, en este caso la mujer embarazada, a asumir sacrificios heroicos y a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general. Una obligación de esta magnitud es inexigible, aun cuando el embarazo sea resultado de un acto consentido, máxime cuando existe el deber constitucional en cabeza de toda persona de adoptar medidas para el cuidado de la propia salud, al tenor del artículo 49 constitucional”. Y al exponer sus consideraciones sobre el caso de inviabilidad del feto señaló que “obligar a la madre, bajo la amenaza de una sanción penal, a llevar a término un embarazo de esta naturaleza significa someterla a tratos crueles, inhumanos y degradantes que afectan su intangibilidad moral, esto es, su derecho a la dignidad humana”<sup>6</sup>.*

Resulta claro que la razón de la despenalización parcial del aborto fue el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer y de su prevalencia frente a la protección de la vida en gestación en los casos indicados en el fallo<sup>7</sup>. De tal reconocimiento se desprende claramente el derecho a acceder al servicio de interrupción voluntaria del embarazo en los casos despenalizados, en tanto dicho derecho constituye una expresión concreta de los derechos constitucionales de la mujer en los cuales se funda el fallo.

Es importante destacar que una vez adoptada la sentencia C-355 de 2006, las mujeres tienen en Colombia, sin necesidad de ley previa, un derecho constitucional directo a obtener la interrupción voluntaria del embarazo en las tres hipótesis señaladas por la sentencia. Esto es así por la indudable conexidad de ese derecho con la salud y la vida digna de las mujeres. En efecto, es un dato empírico conocido y sustentado en múltiples investigaciones, que si la interrupción del embarazo no se hace en condiciones adecuadas de salubridad puede conducir a la muerte o a afectaciones graves a la salud de las mujeres por lo cual esos procedimientos deben ser practicados por personal especializado<sup>8</sup>. Por

---

<sup>5</sup>Ibíd, considerando 10.1.

<sup>6</sup> Ibídem.

<sup>7</sup>En relación con los derechos sexuales y reproductivos de la mujer dijo la Corte: “... uno de sus componentes esenciales lo constituye el derecho de la mujer a la autodeterminación reproductiva y a elegir libremente el número de hijos que quiere tener y el intervalo entre ellos, como así lo han reconocido las diferentes convenciones internacionales”. Indicó igualmente que “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” (sentencia C-355 de 2006, considerando 7).

<sup>8</sup> Un estudio realizado por el Sistema de Vigilancia en Salud Pública (SIVIGILA) demuestra que las causas de muerte materna en Colombia entre 1992 y 1996 fueron: toxemia (35%), complicaciones del trabajo de parto y parto (25%), aborto (16%), otras complicaciones del embarazo (9%), complicaciones del puerperio (8%) y hemorragias (7%). De acuerdo con estas cifras el aborto es la tercera causa de muertes maternas en el país. Estas cifras son especialmente alarmantes considerando que las muertes maternas por abortos son casi en su totalidad evitables. De otra parte, muchas mujeres sufren consecuencias graves para su salud debido a prácticas abortivas inseguras. Por ejemplo, el tratamiento requerido para evitar la muerte a menudo implica la extracción del útero, trompas y/u ovarios. Sin llegar tan lejos como extirpar los órganos reproductivos, la inflamación de las trompas predispone a que se obstruyan y aumenta en el futuro el riesgo de infertilidad y embarazos extrauterinos, los cuales son causas frecuentes de muerte si no hay posibilidades inmediatas de tratamiento. (Ministerio de la Protección Social (2007). *Implicaciones éticas,*

consiguiente, como la falta de un servicio de interrupción voluntaria de embarazo en condiciones técnicas de salubridad afecta gravemente a las mujeres, es claro que se trata de una prestación médica requerida, que hace parte constitucionalmente del derecho a la salud, tal y como lo Corte Constitucional lo ha señalado en innumerables ocasiones<sup>9</sup>. Y por ello, las mujeres tienen un derecho constitucional directo a obtener el servicio de salud la interrupción voluntaria del embarazo en los tres casos definidos por la sentencia C-355 de 2006. No hacerlo equivaldría a violarles su derecho a la salud y a la vida, fuera de que introduciría discriminaciones inaceptables pues únicamente las mujeres con recursos económicos suficientes podrían acceder a esa prestación médica.

De acuerdo con lo anterior, es claro que la *ratio decidendi* de la sentencia tuvo un impacto normativo sobre el sistema de salud. Tal impacto consistió en la remoción de un impedimento legal para que los procedimientos previstos en el POS para los casos de aborto se apliquen tanto en los eventos de aborto espontáneo como en los de interrupción voluntaria del embarazo que fueron despenalizados. En efecto, antes de la sentencia C-355 de 2006 el procedimiento de legrado previsto en el Plan Obligatorio de Salud de los regímenes contributivo y subsidiado<sup>10</sup> únicamente podía ser utilizado en los casos de abortos espontáneos. Esto era así pues aunque el POS sólo define la lista de medicamentos y procedimientos sin especificar los casos en los que estos se aplican, la ilegalidad de la práctica de la interrupción voluntaria en todos los eventos claramente impedía que el legrado pudiera ser practicado en tales casos. Sin embargo, una vez removido el impedimento legal y reconocido el derecho de las mujeres a acceder al servicio de interrupción voluntaria del embarazo como expresión concreta de sus derechos sexuales y reproductivos, es claro que el legrado –y los procedimientos análogos que se establezcan– no sólo puede, sino que debe ser practicado a las mujeres embarazadas que se encuentren en cualquiera de los eventos despenalizados y que decidan interrumpir su embarazo. Este impacto sobre la prestación de los servicios de salud se derivó directamente de la sentencia. En este sentido, no era necesario que después del fallo el legislador o la Comisión de Regulación en Salud estableciera que los procedimientos previstos en el plan de salud para los casos de aborto podrían ser también utilizados en los casos de interrupción voluntaria del embarazo, por cuanto la cobertura de estos casos por parte del sistema de salud es un derecho que se deriva de la propia sentencia.

---

*jurídicas y médicas de la sentencia C-355 de la Corte Constitucional: Un avance para el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de las colombianas).*

<sup>9</sup> Al respecto la Corte Constitucional ha señalado: “*Toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera, esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad. El orden constitucional vigente garantiza a toda persona, por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuáles depende su mínimo vital y su dignidad como persona*”. (Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

<sup>10</sup> La Resolución 5621 de 1994 que establecía el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud incluía el legrado uterino. Igualmente, el Acuerdo 306 de 2005 que definía el POS en el régimen subsidiado, incluía en su artículo 2º como uno de los servicios cubiertos, la “*atención hospitalaria quirúrgica (incluyendo el legrado obstétrico)*”.

Ahora bien, el que la inclusión de tal servicio de salud se derive directamente del fallo y que el decreto acusado reglamente los términos de prestación de este servicio no significa que el decreto esté reglamentando la sentencia. Es cierto que el decreto contiene una decisión de política pública que resulta acorde con la decisión de la Corte Constitucional. Sin embargo, tal correspondencia con el fallo no puede ser entendida como su reglamentación.

Para establecer la relación que existe entre la sentencia C-355 de 2006 y el Decreto 4444 de 2006 es preciso distinguir entre la motivación del reglamento y su objeto. El objeto es la materia legal que es precisada y desarrollada por el reglamento para su efectiva ejecución, mientras que la motivación es el conjunto de razones jurídicas y fácticas que sustentan la expedición del reglamento. La sentencia C-355 es un hecho normativo que constituye la justificación central de la expedición del Decreto 4444 en la medida en que dicha sentencia impactó disposiciones que rigen la prestación del servicio de salud. El impacto de la sentencia sobre tales disposiciones es lo que explica las amplias referencias a esta en el decreto demandado. Pero en modo alguno puede confundirse el carácter de fundamento con el de la materia a reglamentar y, en tal sentido, resulta equivocado sostener que el Decreto 4444 de 2006 está reglamentando la sentencia C-355 de 2006.

Sobre la incorrecta comprensión de este punto se edifica en buena medida la argumentación presentada por el demandante. Por tal razón, es indispensable que desde un principio quede claro que la sentencia C-355 de 2006 es un fundamento del decreto en cuanto impactó normas relativas a la prestación de servicios de salud, pero es sobre estas normas, y no sobre la sentencia, que el Gobierno ejerció su potestad reglamentaria.

#### **b. El alcance de la potestad reglamentaria del Presidente de la República en materia de prestación de servicios de salud**

El artículo 49 de la Constitución dispone que “[c]orresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley”.

En virtud de las disposiciones constitucionales el legislador creó mediante la Ley 100 de 1993 el Sistema de Seguridad Social Integral. Según lo indicado en su artículo 152, esta Ley “establece el sistema de seguridad social en salud, desarrolla los fundamentos que lo rigen, determina su dirección, organización y funcionamiento, sus normas administrativas, financieras y de control y las obligaciones que se derivan de su aplicación”. Igualmente dicho artículo señala las normas generales de competencia tanto para la prestación de los servicios de salud, como para la organización de la atención en

salud, indicando que en los aspectos no cobijados por la Ley 100 tales competencias se regirán por la Ley 10 de 1990 y la Ley 60 de 1993<sup>11</sup>.

El legislador fijó entonces las orientaciones generales para la organización y funcionamiento del sistema de salud y determinó además las competencias de las diferentes entidades estatales para tal efecto, incluyendo por supuesto las específicas del Gobierno Nacional.

Así, los artículos 1° de la Ley 10 de 1990 y 154 de la Ley 100 establecen que el Estado intervendrá en el servicio público de Seguridad Social en Salud y determinan los fines de tal intervención. En lo que respecta al objeto de debate en este proceso, a saber, la regulación de la prestación de un servicio de salud en particular, es pertinente anotar que el artículo 1° de la Ley 10 especifica como fin de la intervención estatal en el servicio de salud: “a) *Definir la forma de prestación de la asistencia pública en salud, así como las personas que tienen derecho a ella*”

Por su parte, el artículo 154 de la Ley 100 retoma algunos de los fines de la intervención estatal previstos en la Ley 10 de 1990 e incluye en su literal c) otro que tiene relación con el objeto de debate, a saber, “*Desarrollar las responsabilidades de dirección, coordinación, vigilancia y control de la Seguridad Social en Salud y de la reglamentación de la prestación de los servicios de salud*” (subraya fuera de texto).

Aunque los artículos citados se refieren en general a la intervención del Estado, es fácil deducir que es a través del Gobierno Nacional que los mandatos de intervención deben concretarse. Lo anterior porque, en primer lugar, la ejecución de tales fines establecidos por el legislador requiere desarrollo normativo y esto sólo se puede hacer a partir de decretos reglamentarios cuya expedición corresponde al Presidente de la República según lo establecido en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución. De hecho, el mismo artículo 154 de la Ley 100 alude específicamente a esa potestad reglamentaria al indicar que corresponde al Estado “*desarrollar las responsabilidades de [...] la reglamentación de la prestación de los servicios de salud*” (subraya fuera de texto). Considerando que es el Presidente, y no el legislador ni ninguna otra autoridad estatal, el que tiene la facultad constitucional para reglamentar las leyes, es claro que la reglamentación de los servicios de salud es competencia de aquél.

En segundo lugar, porque el artículo 156 de la Ley 100, que define las características básicas del Sistema General de Seguridad Social en Salud, establece en su literal a) que “*El Gobierno Nacional dirigirá, orientará, regulará, controlará y vigilará el servicio público esencial de salud que constituye el Sistema General de Seguridad Social en Salud*”. Y en el mismo sentido, el artículo 170 de la Ley 100 establece que “*el Sistema General de Seguridad Social en Salud está bajo la orientación y regulación del Presidente de la República y del Ministerio de Salud*”. De conformidad con las normas

---

<sup>11</sup> La Ley 60 de 1993 fue derogada por la Ley 715 de 2001, la cual estableció la nueva regulación en materia de distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales. Debe entenderse por tanto que la referencia a la Ley 60 de 1993 corresponde en la actualidad a la Ley 715 de 2001.

citadas, el gobierno nacional, y concretamente el Presidente de la República, son los responsables de intervenir en el servicio público de salud para garantizar los fines establecidos por el legislador tanto en la Ley 10 de 1990 como en la Ley 100 de 1993, pues son estos los que tienen a su cargo las funciones de dirección, orientación, regulación, control y vigilancia del servicio.

Y en tercer lugar, porque el mismo artículo 154 de la Ley 100 dispone en su párrafo que *“todas las competencias atribuidas por la presente Ley al Presidente de la República y al gobierno nacional, se entenderán asignadas en desarrollo del mandato de intervención estatal de que trata este artículo”*. Es decir, el mismo artículo ratifica que son el Gobierno y el Presidente de la República los encargados de desarrollar dicho mandato de intervención del Estado.

De acuerdo con lo anterior, es claro que tales mandatos de intervención relativos a la regulación de la forma de prestación de los servicios de salud fueron delegados por el propio legislador al Gobierno Nacional, ya que aquél ejerció su potestad de regulación en esta materia al establecer el sistema de salud, determinar sus fundamentos y definir las competencias para su dirección, organización y funcionamiento.

De otra parte, considerando que lo que está en cuestión en este proceso es determinar cuál es la autoridad competente para definir los términos de prestación del servicio de interrupción voluntaria del embarazo, cabe anotar que el artículo 156 de la Ley 100 dispone en su literal e) que las Entidades Promotoras de Salud *“están en la obligación de suministrar [...] el Plan Obligatorio de Salud, en los términos que reglamente el gobierno”* (subrayas fuera de texto). Igualmente, el artículo 162, que establece las directrices que rigen el POS, alude también a las facultades de regulación del Gobierno en este aspecto al indicar en su párrafo tercero que *“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”* (subrayas fuera de texto). Ahora bien, cabe advertir que la autoridad competente para definir los medicamentos y procedimientos que cubre el POS es el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud -hoy Consejo Nacional de Regulación en Salud-. Sin embargo, es el Gobierno Nacional y no dicho Consejo, ni tampoco al legislador, la autoridad competente para definir los términos en que el POS debe ser prestado<sup>12</sup>.

Igualmente, el artículo 227 de la Ley 100 de 1993 dispone que *“es facultad del Gobierno Nacional expedir las normas relativas a la organización de un sistema obligatorio de garantía de calidad de la atención de salud, incluyendo la auditoría médica, de obligatorio desarrollo en las Entidades Promotoras de Salud, con el objeto de garantizar la adecuada calidad en la prestación de los servicios”*. Esta facultad es una manifestación de la función de control del servicio público de salud que según el artículo 156 de la Ley 100 es propia del Gobierno Nacional.

---

<sup>12</sup> La distinción entre las competencias del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y el Gobierno Nacional serán analizadas en detalle en la impugnación del segundo cargo de la demanda.

De acuerdo con todas las disposiciones citadas, resulta claro que el Gobierno Nacional, y concretamente el Presidente de la República en ejercicio de su potestad reglamentaria, tiene amplias facultades para la regulación de la prestación de los servicios de salud. Así lo dispone también la Ley 715 de 2001 que en su artículo 42 define que una de las competencias de la Nación en materia de salud es “[e]xpedir la regulación para el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud”. Considerando que el concepto de Nación se refiere a las autoridades del orden central y que por tanto incluye al Gobierno Nacional y al Congreso, este artículo debe interpretarse sistemáticamente con las disposiciones ya citadas de la Ley 100 que establecen que la regulación del sistema de salud corresponde al Gobierno Nacional de tal modo que al referirse a las competencias de la Nación, lo correcto es entender que el artículo alude a aquel.

En síntesis, para el objeto de debate de este proceso interesa resaltar que el Presidente de la República, a través del ejercicio de su potestad reglamentaria, es competente para:

- Definir la forma de prestación de la asistencia pública en salud (Ley 10 de 1990, Art. 1º, lit. a).
- Reglamentar la prestación de los servicios de salud (Ley 100 de 1993, Art. 154, lit. c y Ley 715 de 2001, Art. 42).
- Definir los términos de prestación del POS (Ley 100 de 1993, Art. 156, lit.e y Art. 162, par. 3º).
- Establecer normas para controlar la calidad de los servicios de salud (Ley 100 de 1993, Art. 227).

Siendo esto claro, procederemos a continuación a pronunciarnos frente a cada uno de los cargos y a determinar si en virtud de las competencias anotadas el Presidente podía expedir el decreto 4444 de 2006 o si, tal como lo señala el demandante, excedió su potestad reglamentaria.

## **2. Impugnación del primer cargo**

El demandante señala en el primer cargo que el Decreto 4444 de 2006 no reglamenta ninguna ley, sino que reglamenta la sentencia C-355 de 2006 y que por tal razón viola el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución. Como sustento de este cargo aduce (i) que las normas de la Ley 10 de 1990, la Ley 100 de 1993 y la Ley 715 de 2001 invocadas para expedir el decreto no son fundamentos válidos y que, al no serlo, “*lo que la regulación hace es restringir su fundamento a lo dicho en la sentencia C-355/2.006*”<sup>13</sup>; y (ii) que la invocación de la sentencia en cuestión en los considerandos del decreto demandado “*indica claramente y sin lugar a dudas, que fue la intención del Ejecutivo, al expedirlo, reglamentar la sentencia C-355/06 de la Corte Constitucional*”<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup>Acción de nulidad por inconstitucionalidad del Decreto 4444 de 2006 expedido por el Gobierno Nacional, folio 12.

<sup>14</sup>Ibidem.



Compartimos el presupuesto argumentativo del primer cargo de la demanda, a saber, que la potestad reglamentaria no se puede ejercer frente a decisiones judiciales. Sin embargo, estimamos que el Decreto 4444 de 2006 no reglamenta la sentencia C-355 de 2006 y que, en consecuencia, el primer cargo de la demanda no debe prosperar. Retomando las consideraciones iniciales acerca de la relación entre la sentencia y el decreto, cabe advertir que el primer cargo se sustenta en una confusión entre el objeto del reglamento y sus fundamentos. Antes de la sentencia de la Corte, el Gobierno no podía haber hecho uso de sus facultades de intervención en el sistema de salud para definir los términos de prestación del servicio de interrupción voluntaria del embarazo porque esto constituía un delito en todos los casos. La sentencia es pues un fundamento del decreto porque esta impactó la prestación de los servicios de salud cuya reglamentación corresponde al Gobierno. En efecto, en virtud del referido fallo los procedimientos médicos previstos en el POS para la interrupción de embarazos deben ser practicados no sólo en los casos de abortos espontáneos, sino en los eventos permitidos de interrupción voluntaria del embarazo cuando la mujer así lo elija. Este impacto en la prestación de los servicios de salud es lo que explica las amplias referencias que se hacen a la sentencia en la parte motiva del decreto. Pero el que la sentencia que despenalizó el aborto en tres circunstancias sea un fundamento central del decreto, no implica que sea el objeto o materia a reglamentar.

El demandante pasa por inadvertido el hecho de que la sentencia de la Corte impactó el sistema de salud y que en virtud de dicho impacto el Gobierno entró a reglamentar las disposiciones citadas en el decreto para permitir su ejecución en el ámbito concreto de la prestación del servicio de interrupción voluntaria del embarazo. En efecto, la materia del reglamento está constituida por los artículos 1º de la Ley 10 de 1990, 154 y 227 de la Ley 100 de 1993, y 42 de la Ley 715 de 2001, disposiciones estas que se refieren en común a la regulación de la prestación de los servicios de salud. El primero de estos artículos especifica como fines de la intervención estatal en el servicio de salud los siguientes:

- “a) Definir la forma de prestación de la asistencia pública en salud, así como las personas que tienen derecho a ella”*
- b) Establecer los servicios básicos de salud que el Estado ofrecerá gratuitamente;*  
*[...]*
- i) Regular los procedimientos para autorizar a las entidades privadas la prestación de servicios de salud en los diferentes niveles y grados de complejidad;*

El artículo 154 de la Ley 100 de 1993 que se refiere también a los fines de intervención del Estado indica que corresponde a este *“c) Desarrollar las responsabilidades de dirección, coordinación, vigilancia y control de la Seguridad Social en Salud y de la reglamentación de la prestación de los servicios de salud”*. Esclaro que por la naturaleza de las competencias constitucionales de los órganos del poder público esta función de reglamentación le corresponde al Presidente de la República. El artículo 227 de la Ley 100 de 1993 dispone que *“es facultad del Gobierno Nacional expedir las normas relativas a la organización de un sistema obligatorio de garantía de calidad de la atención de salud, incluyendo la auditoría médica, de obligatorio desarrollo en las Entidades Promotoras de Salud, con el objeto de garantizar la adecuada calidad en la*

prestación de los servicios”. Y finalmente, el artículo 42 de la Ley 714 de 2001 que define como competencias de la Nación en materia de salud las siguientes:

[...]42.3. Expedir la regulación para el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

[...]

42.11. Establecer mecanismos y estrategias de participación social y promover el ejercicio pleno de los deberes y derechos de los ciudadanos en materia de salud.

[...]

42.14. Definir, implantar y evaluar la Política de Prestación de Servicios de Salud. En ejercicio de esta facultad regulará la oferta pública y privada de servicios, estableciendo las normas para controlar su crecimiento, mecanismos para la libre elección de prestadores por parte de los usuarios y la garantía de la calidad; así como la promoción de la organización de redes de prestación de servicios de salud, entre otros” (subrayas fuera de texto).

Ahora bien, si se examinan las razones esbozadas por el demandante para justificar la tesis del primer cargo, se advertirá que este incurre en una petición de principio. En efecto, el primer argumento del demandante es que las normas invocadas en el decreto no son sustentos válidos, de lo cual concluye que el único fundamento válido es la sentencia y, que por ser el único fundamento, es la materia a reglamentar. Aparte de que el demandante confunde el fundamento con el objeto del reglamento, no justifica la premisa de su argumento, dando de este modo por sentado lo que efectivamente tiene que probar. El demandante no sustenta por qué las normas citadas en el decreto que se refieren a las facultades del Gobierno Nacional de definir la forma de prestación del servicio público de salud, reglamentar la prestación de los servicios de salud y definir normas para garantizar la calidad de los servicios la Ley 10 de 1990, la Ley 100 de 1993 y la Ley 715 de 2001–, no son la materia reglamentada por el Decreto 1444 de 2006.

En lugar de presentar la justificación, el planteamiento del demandante parte de una premisa implícita que no es desarrollada en el primer cargo, según la cual la materia a reglamentar en este caso tiene que referirse al aborto. Como las normas citadas no dicen nada sobre el aborto y el único fundamento que se refiere a este es la sentencia C-355 de 2006, el demandante concluye que lo único que puede estar reglamentando el decreto es dicha sentencia. Tal presupuesto implícito se sustenta a su vez en otra premisa que es planteada en los otros dos cargos, a saber, que una vez despenalizado el aborto en tres circunstancias, la autoridad competente para definir los términos en que el sistema de salud prestaría el servicio de interrupción voluntaria del embarazo es el legislador y no el Gobierno. Sin embargo, tal como lo argumentaremos al impugnar los otros cargos de la demanda, ninguno de estos presupuestos implícitos es válido pues en primer lugar, no era necesaria la existencia de una ley que estableciera el servicio de interrupción voluntaria del embarazo ya que este se entiende incorporado en las normas existentes que definen la prestación de servicios de salud en virtud del fallo de la Corte y por mandato directo de la Constitución, que es norma de normas, por la obvia conexidad que tiene la interrupción voluntaria del embarazo en esos tres casos con el derecho a la salud y a la vida digna de

las mujeres; y en segundo lugar, la autoridad competente para reglamentar la prestación de servicios de salud es el Gobierno, no el legislador.

Una argumentación semejante a la expuesta por el demandante en el primer cargo subyace al auto del 15 de octubre de 2009 que decretó la suspensión provisional del Decreto 4444 de 2006. Según este auto, *“la única norma legal que puede ser (sic) acompañar con el ejercicio de la potestad reglamentaria y que se cita como soporte del acto cuestionado, es el artículo 42 de la Ley 647 de 2001 (sic), pues la Ley 10 de 1990 y la Ley 100 de 1993, son anteriores al artículo 122 de la Ley 599 de 2000, que dio lugar a lo sentencia de la Corte Constitucional a que se alude en la parte motiva del mismo”*. Después de citar el artículo 42 de la Ley 715 de 2002, concluye la Sala que el mismo no tiene *“relación alguna con el tema objeto del Decreto acusado”* y que por tanto no puede inferirse que el Decreto lo esté reglamentando. Finalmente el auto en cuestión afirma que corresponde al legislador ordinario regular *“la materia relacionada con el aborto y la atención de la 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”*.

Con todo respeto nos distanciamos de la posición expuesta en el citado auto pues estimamos que la Sala incurre en dos imprecisiones. En primer lugar, la Sala descarta *prima facie* la pertinencia de las disposiciones de la Ley 100 de 1993 y la Ley 10 de 1990 como soportes del decreto cuestionado, únicamente por haber sido expedidas antes del artículo del Código Penal sobre el cual se pronunció la Corte en la sentencia. Es difícil entender cuál es la razón que sustenta esta tesis. Lo único que permitiría explicarla es que la Sala asume que el artículo 122 del Código Penal del 2000 derogó las disposiciones de la Ley 100 de 1993 y de la Ley 10 de 1990 citadas en el decreto demandado. No de otro modo puede entenderse que para la Sala la única norma que puede ser examinada como objeto del reglamento es la que fue expedida con posterioridad al Código Penal. Pero tal razón es inaceptable pues todas las normas citadas en el Decreto 4444 están vigentes. Además, la potestad reglamentaria es inagotable y no está sujeta a plazo alguno, así que no existe ninguna razón que impida que tales normas sean reglamentadas<sup>15</sup>. Por tal razón, carece totalmente de justificación excluir *a priori* del análisis de la validez del decreto las normas que fueron expedidas antes de la Ley 599 de 2000. Todas estas disposiciones deben ser tenidas en cuenta para determinar si el Presidente excedió o no su potestad reglamentaria al expedir el decreto 4444 y si dicho decreto tenía o no una base legal y estaba reglamentando unas normas legales específicas.

En segundo lugar, la Sala parece entender, al igual que el demandante, que luego de la despenalización del aborto se requería una norma expedida por el legislador ordinario que regulara la prestación del servicio de interrupción voluntaria del embarazo, norma esta que el Presidente sí podría reglamentar. Es por esta razón que la Sala descarta el artículo

---

<sup>15</sup> La Corte Constitucional ha señalado al respecto: *“... la potestad reglamentaria no solo radica en cabeza del Presidente de la República como suprema autoridad administrativa sino que el Presidente conserva dicha potestad durante todo el tiempo de vigencia de la ley con el fin de asegurar su cumplida ejecución.* C-1005 de 2008, MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

42 de la Ley 715 de 2002, indicando que no tiene que ver con la materia a reglamentar ya que, en efecto, nada dice ese artículo sobre el servicio de interrupción voluntaria del embarazo. La argumentación circular contenida en el auto también resulta evidente: se parte del presupuesto de que tiene que existir una ley que regule la prestación del servicio en cuestión; pero ese presupuesto es equivocado pues una vez adoptada la sentencia, las mujeres tienen, sin necesidad de ley previa, un derecho constitucional a obtener la interrupción voluntaria del embarazo en las tres hipótesis señaladas por la sentencia, por la indudable conexidad de ese servicio médico con los derechos a la salud y la vida digna de las mujeres. Ahora bien, el auto que cuestionamos, de conformidad con dicho presupuesto equivocado, descarta la pertinencia de la única norma cuyo contenido fue examinado por la Sala para analizar la validez del decreto. Sin embargo, nunca se justifica por qué es el legislador y no el Gobierno Nacional la autoridad competente para regular la prestación de dicho servicio.

Como puede apreciarse, la demostración del primer cargo realmente depende de la discusión acerca de quién es la autoridad competente para regular la prestación del servicio de interrupción voluntaria del embarazo luego de su despenalización en tres casos por parte de la Corte Constitucional y teniendo claro que las mujeres tienen, sin necesidad de ley previa, un derecho constitucional a acceder a tal servicio, dada su indudable conexidad con los derechos a la salud y la vida digna de las mujeres. Pero el demandante nunca justifica en este cargo por qué el Presidente carece de competencia para la regulación de esta cuestión, ni tampoco sustenta la premisa implícita de este primer cargo, a saber, que debe existir una ley que regule la prestación del servicio de interrupción voluntaria del embarazo.

En vista de que el primer cargo se sustenta, por un lado, en la indebida confusión entre fundamento y objeto del reglamento y, por el otro lado, en un argumento que parte de premisas implícitas que no son demostradas; y considerando además que la justicia administrativa es una justicia rogada<sup>16</sup>, de tal modo que la deficiencia del concepto de la violación determina indefectiblemente la negación de las pretensiones, este primer cargo debe ser rechazado.

---

<sup>16</sup> Acerca del carácter rogado de la justicia administrativa el Consejo de Estado ha dicho: “*La justicia administrativa es una justicia rogada lo que implica que el concepto de la violación constituye el parámetro dentro del cual debe realizarse el análisis por parte del juzgador. Así lo ha establecido la jurisprudencia de esta Corporación en múltiples fallos: ‘La jurisdicción contencioso Administrativa es, por esencia, rogada, lo que significa que es el demandante en el señalamiento que hace de las normas transgredidas y en el concepto de violación que expone, quien establece el marco de juzgamiento. No le es permitido al fallador confrontar el acto acusado con disposiciones no invocadas en el libelo, ni atender conceptos de violación diferentes a los en él contenidos, vale decir, que al sentenciador solo le es dable analizar el citado acto a la luz de las normas que se señale como infringidas y por las razones planteadas en la demanda’.* (Cfr. Consejo de Estado. Sección Segunda. C.P. Dr. Álvaro Lecompte Luna. Radicación 4845. Agosto 13 de 1993)”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero, mayo 15 de 2003, Radicación 7898.

### 3. Impugnación del segundo cargo

El segundo cargo de la demanda contiene dos planteamientos distintos. En primer lugar, el demandante señala que incluso si se parte del supuesto de que es admisible reglamentar una sentencia, en todo caso el reglamento va más allá de la sentencia C-355 de 2006 porque incluyó temas que no fueron mencionados en esta, a saber, la objeción de conciencia (Arts. 5º y 6º), la financiación (Art. 4º) y las sanciones (Art. 7º). Para la impugnación de esta primera parte del cargo simplemente nos remitimos al anterior apartado: el decreto no reglamenta la sentencia C-355 de 2006 y, en tal sentido, resulta innecesario determinar si va más allá de lo que esta establece.

En segundo lugar, indica el demandante que *“ni el Ministerio de Protección Social, ni el Gobierno Central tienen facultades para incorporar nada en el Plan Obligatorio de Salud ni para exigir la financiación del aborto a través del POS”* (fl. 16) pues la facultad para definir y modificar el POS es del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud – hoy Consejo Nacional de Regulación en Salud–. En efecto, el artículo 172 de la Ley 100 de 1993, vigente para la época de expedición del Decreto 4444<sup>17</sup>, establecía como una de las funciones de dicho Consejo: *“1. Definir el Plan Obligatorio de Salud para los afiliados según las normas de los regímenes contributivo y subsidiado, de acuerdo con los criterios del capítulo tercero del primer título de este libro”*. Sin embargo, aunque es cierto que el Gobierno Nacional no puede modificar el POS, sí le corresponde definir los términos en que este será prestado, tal como lo explicamos en el apartado de consideraciones generales. Cabe recordar que así lo dispone el artículo 156 de la Ley 100 en su literal e) la indicar que las Entidades Promotoras de Salud *“están en la obligación de suministrar [...] el Plan Obligatorio de Salud, en los términos que reglamente el gobierno”*. Es preciso determinar entonces si el Decreto 4444 incorporó un nuevo servicio en el POS o si reguló los términos en que debe ser prestado un servicio que ya estaba incluido.

Para tal efecto, es necesario distinguir entre el procedimiento médico que se debe utilizar para practicar la interrupción voluntaria del embarazo, y la definición de los términos de prestación de los servicios de salud. Según la guía técnica de la OMS para la práctica de abortos seguros existen cuatro procedimientos médicos: (i) el uso de los medicamentos mifepristone y misoprostol, (ii) aspiración al vacío manual o eléctrica, (iii) dilatación y curetaje (legrado uterino), y (iv) dilatación y evacuación<sup>18</sup>. En Colombia dos de estos procedimientos se encuentran incluidos en el POS. El Acuerdo 008 de 2009, expedido por la Comisión de Regulación en Salud, por medio del cual se aclara y actualiza el POS determina en su artículo 48 que el régimen contributivo cubre el legrado o curetaje uterino, así como la aspiración al vacío. El primero de estos se establece también como parte del POS en el régimen subsidiado (art. 61, lit. f). Cabe anotar además que el legrado uterino ya estaba incluido en la Resolución 5621 de 1994 que establecía el Manual de

---

<sup>17</sup>Este artículo fue derogado por el artículo 3º de la Ley 1122 de 2007 que creó la Comisión de Regulación en Salud.

<sup>18</sup>Organización Mundial de la Salud (2003). *Aborto Sin Riesgos: Guía técnica y de políticas para Sistemas de Salud*.

Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud, el cual se encontraba vigente en la época de expedición del decreto demandado. Igualmente, el Acuerdo 306 de 2005 que definía el POS en el régimen subsidiado, incluía en su artículo 2° como uno de los servicios cubiertos, la “*atención hospitalaria quirúrgica (incluyendo el legrado obstétrico)*”. Es decir, por lo menos uno de los procedimientos médicos para la interrupción del embarazo ya estaba incluido en el POS –tanto del régimen contributivo como del subsidiado – al momento de expedirse el Decreto 4444.

Ahora bien, como lo advertimos en las consideraciones generales, la sentencia C-355 que despenalizó el aborto en tres eventos y reconoció el derecho de las mujeres a acceder al servicio de interrupción voluntaria del embarazo modificó el alcance del POS del régimen contributivo y subsidiado. Tal modificación no consistió en la introducción de un nuevo procedimiento, sino en la determinación de que los procedimientos médicos ya previstos –y los que se previeran en un futuro– aplicables para los casos de abortos espontáneos, deberían también ser aplicados a los casos legales de interrupción voluntaria del embarazo en las tres hipótesis definidas por la sentencia C-355 de 2006.

De acuerdo con lo anterior, es claro que el Decreto demandado no modifica el POS pues no incluye ningún nuevo procedimiento médico para la práctica de la interrupción del embarazo, ni tampoco extiende su aplicación a casos no contemplados ya que, se reitera, tal extensión se deriva del impacto de la sentencia sobre el sistema de salud y del derecho constitucional directo de las mujeres a obtener ese servicio en esas tres hipótesis. Lo que hace el Decreto es definir los términos en los cuales este servicio será prestado, lo cual no está por fuera de las competencias otorgadas por la ley al Gobierno Nacional. Así, en su artículo 1° define las responsabilidades de las distintas entidades que hacen parte del sistema de salud para garantizar la prestación efectiva del servicio. El artículo 2° se refiere a la disponibilidad del servicio en todos los niveles de complejidad de conformidad con las reglas de referencia y contrarreferencia. El artículo 3° alude a las normas técnicas para la atención de las mujeres que demanden el servicio. El artículo 4° especifica los recursos con cargo a los cuales este se financiará. El artículo 5° se refiere a la objeción de conciencia. El artículo 6° establece reglas para la prohibición de prácticas discriminatorias frente a mujeres y médicos que hayan practicado la interrupción voluntaria del embarazo o las personas que se hayan negado a hacerlo invocando la objeción de conciencia. Y finalmente, el artículo 7° dispone que el incumplimiento de las disposiciones del decreto dará lugar a la aplicación de las sanciones previstas en el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en el artículo 49 de la Ley 10 de 1990 y en la Ley 100 de 1993.

Carece también de justificación el planteamiento del demandante según el cual el Gobierno excedió su competencia al exigir la financiación de la interrupción voluntaria del embarazo a través del POS. El artículo 4° del Decreto 4444 se limita a señalar que “Los servicios de salud de que trata el presente Decreto que se encuentren contenidos en los Planes Obligatorios de Salud de los regímenes contributivo y subsidiado para las afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS, se cubrirán con cargo a la Unidad de Pago por Capitalización del respectivo régimen” (subrayas fuera de texto). De conformidad con la Ley 100 de 1993, corresponde al Consejo Nacional de

Seguridad Social en Salud definir la Unidad de Pago por Capitación “*en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería*” (Art. 182). De acuerdo con esto, el Gobierno no está invadiendo la competencia del Consejo en materia de financiación, pues no está definiendo el valor de la Unidad de Pago por Capitación, sino que simplemente está indicando que la interrupción del embarazo a través de los procedimientos ya incluidos en el POS se costeará con cargo a dicha Unidad. El Gobierno no está exigiendo la financiación a través del POS de un servicio que no esté incluido en este.

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

Considerando que el decreto no reglamenta la sentencia C-355 de 2006 y que por tanto carece de sentido sostener que va más allá de lo dispuesto por esta, y en vista de que el decreto no modifica ni el contenido ni el alcance del POS, ni tampoco exige la financiación de procedimientos que no estén incluidos en este, el segundo cargo no debe prosperar.

#### **4. Impugnación del tercer cargo**

En el tercer cargo el demandante señala que el Decreto 1444 reglamenta materias sometidas a reserva legal. En primer lugar, advierte que “*todo lo relacionado con la seguridad social, tanto en salud como en pensiones cae bajo la órbita exclusiva de la Ley [...] y en lo relacionado con el POS, compete a la Comisión de Regulación en Salud, creada por la Ley 1122 de 2007*” (fl.18). En segundo lugar, indica que el Decreto demandado regula aspectos del ejercicio de la objeción de conciencia que es un derecho fundamental derivado del artículo 18 de la Constitución y que como tal debe ser regulado mediante ley estatutaria.

En relación con la primera parte del cargo, de un lado cabe reiterar que la competencia de la Comisión de Regulación en Salud en materia del POS se limita a la definición de los procedimientos y medicamentos que hacen parte este, pero que corresponde al Gobierno

Nacional establecer los términos en los que este será prestado, que es precisamente de lo que se ocupa el Decreto 4444.

De otro lado, en cuanto a la idea de que todo lo relacionado con la seguridad social en salud cae en la órbita exclusiva del legislador cabe reiterar también lo argumentado en los apartados anteriores. Según el artículo 49 de la Constitución que se refiere concretamente a la seguridad social en salud, al legislador le corresponde definir los términos y condiciones para la prestación de servicios de salud y de saneamiento ambiental a los habitantes, para el establecimiento de políticas en tal sentido y para la definición de las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares. En virtud de esta facultad el legislador expidió la Ley 100 de 1993 en la cual estableció dichos términos y condiciones. La reserva legal en el ámbito de la salud opera respecto del marco general que define la intervención del Estado en esta materia y no, como lo sugiere el demandante, frente a la regulación de servicios concretos. En este sentido, no puede derivarse del artículo 49 de la Constitución –y tampoco del artículo 48 de la Carta que cita el demandante y que se refiere en términos generales a la reserva de ley en materia de seguridad social– la existencia de una reserva legal para la regulación de la prestación del servicio de interrupción voluntaria del embarazo. Además, el mismo legislador en la Ley 100 de 1993 otorgó la facultad de tal regulación al Gobierno Nacional, tal como fue expuesto en los anteriores acápite.

La cuestión de la reserva de ley en asuntos relativos a la libertad de conciencia sí precisa un comentario adicional a lo que ya se ha expuesto en este escrito de impugnación. Dice el demandante en la reposición del auto que negó la suspensión provisional del Decreto 4444 que el artículo 5° de este impone graves e indebidas restricciones al ejercicio de la libertad de conciencia que no están consagradas en el artículo 18 de la Constitución. Este artículo constitucional dispone que “*se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia*”. Por su parte, el artículo 5° del Decreto 4444 establece que la objeción de conciencia es individual, no institucional, y que por tanto aplica exclusivamente a prestadores directos y no a personal administrativo.

Consideramos fuera de discusión que la regulación de los derechos fundamentales, entre los que se cuenta el derecho a la libertad de conciencia, debe realizarse por el legislador a través de una ley estatutaria. Sobre el sentido de la exigencia, la Corte Constitucional ha señalado que la misma “*tiene relación directa con la garantía de las libertades públicas y los principios democráticos previstos en la Constitución Política, en la medida que toda restricción, gravamen o limitación sólo es posible a partir de la ley y no de reglamentaciones y decisiones simplemente administrativas*”<sup>19</sup>.

Sin embargo, si bien el artículo 18 de la Constitución no contiene una restricción expresa al derecho a la libertad de conciencia, sí existe una clara doctrina constitucional acerca de los límites de este derecho, y lo que hace el artículo 5° del Decreto 4444 es aplicar dicha doctrina al caso concreto de la prestación del servicio de interrupción voluntaria del embarazo. Como se trata de la aplicación de la doctrina constitucional sobre la objeción

---

<sup>19</sup> Corte Constitucional, sentencia C-894 de 2006, MP. Álvaro Tafur Galvis.



de conciencia a un evento específico, y no de la regulación del contenido de este derecho, ni tampoco del establecimiento de restricciones que no están ya definidas en la doctrina constitucional, no resulta válido afirmar que el Presidente invadió la órbita de competencia del legislador estatutario en esta materia.

Para la justificación de esta tesis desarrollaremos a continuación dos argumentos. En primer lugar, aludiremos al concepto de doctrina constitucional integradora para demostrar que la aplicación de esta doctrina en un caso concreto es, en vista de la inexistencia de ley estatutaria que regule el derecho a la objeción de conciencia, el equivalente a la aplicación del contenido de una norma constitucional y que, en consecuencia, tal ejercicio no implica una violación a la reserva de ley estatutaria. En segundo lugar, demostraremos que en efecto el artículo 5° del decreto demandado aplica al caso de la prestación del servicio de interrupción voluntaria del embarazo las restricciones que la doctrina constitucional impone al ejercicio de la objeción de conciencia.

Según el artículo 241 de la Constitución, la Corte Constitucional es la guardiana de la supremacía e integridad de la norma de normas. En vista de esto, la Corte Constitucional es el órgano autorizado para interpretar el contenido y alcance de las disposiciones constitucionales. Tal interpretación es lo que constituye la doctrina constitucional. Acerca del papel de esta doctrina y de su relación con la Constitución, la propia Corte ha dicho: *“la doctrina constitucional que define el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sentada por la Corte Constitucional, con ocasión de la revisión de los fallos de tutela, trasciende las situaciones concretas que le sirven de base y se convierte en pauta que unifica y orienta la interpretación de la Constitución”*<sup>20</sup>(subrayas fuera de texto).

En relación con el valor jurídico de la doctrina constitucional, la sentencia C-083 de 1995 distingue entre la interpretativa y la integradora. La primera tiene el carácter de criterio auxiliar para establecer el sentido y alcance de disposiciones legales en consonancia con la Constitución. Así lo dispone el artículo 4° de la Ley 153 de 1887: *“Los principios del Derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes”*. Por su parte, la doctrina constitucional integradora es aquella que suple un vacío jurídico del ordenamiento y resulta obligatoria para todas las autoridades públicas y los particulares, en la medida en que se trata de la aplicación directa de la Constitución cualificada por la interpretación autorizada que de esta ha realizado la Corte Constitucional. El artículo 8° de la Ley 153 de 1887 se refiere a esta doctrina integradora en los siguientes términos: *“cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”*. La Corte, al referirse a esta disposición, indicó:

---

<sup>20</sup> Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996, MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

*“si la individualización de las normas legales, dada su generalidad (que a menudo deviene en ambigüedad), aparece problemática y generadora de inseguridad jurídica, más problemática e incierta resulta aún la actuación directa de las normas constitucionales a los casos particulares, por concurrir en ellas, superlativamente, las mismas notas distintivas advertidas en la ley.*

*Parece razonable, entonces, que al señalar a las normas constitucionales como fundamento de los fallos, a falta de ley, se agregue una cualificación adicional, consistente en que el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia, hayan sido fijados por quien haga las veces de intérprete autorizado de la Constitución. Que, de ese modo, la aplicación de las normas superiores esté tamizada por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo. (art. 241 C.P.)”*<sup>21</sup>(Subraya fuera de texto)

Teniendo en cuenta que la doctrina constitucional integradora no es externa al texto de la Constitución<sup>22</sup>, y considerando además que no existe una ley estatutaria que regule el derecho a la libertad de conciencia, para discernir si en el presente caso el Presidente reguló este derecho o si simplemente se limitó a aplicar su contenido constitucional a un evento específico, es necesario determinar cuál es la doctrina de la Corte sobre esta materia.

En lo que resulta pertinente para el presente caso, cabe destacar que la doctrina de la Corte es clara al especificar que el ejercicio de la libertad de conciencia es siempre individual. Así lo indicó, por ejemplo, en la sentencia C-616 de 1997: *“A diferencia de la libertad de opinión o de la libertad religiosa, la de conciencia, se ejerce siempre de modo individual. En cuanto prerrogativa personal, la conciencia a la que se refiere la libertad constitucionalmente protegida, es la conciencia subjetiva, o mejor, la regla subjetiva de moralidad”*<sup>23</sup>(subraya fuera de texto). Este carácter individual tiene sentido en tanto la conciencia es un atributo del ser humano. Ni las colectividades, ni las instituciones tienen una conciencia que pueda distinguirse de la de los individuos que la constituyen. Sólo desde una concepción totalitarista que subsuma o diluya las conciencias de los individuos en una pretendida conciencia institucional podría desprenderse la noción de conciencia de la noción de individuo. Pero claramente tal perspectiva totalitarista no sólo es ajena, sino que está en abierta pugna con la filosofía humanista que sustenta la Constitución de 1991. Según la doctrina constitucional, *“la conciencia, como una expresión de la dignidad humana, es entendida como la propiedad del espíritu humano de reconocerse en sus atributos esenciales y en todas las modificaciones que en sí mismo experimenta; como el conocimiento interior del bien y del mal o el conocimiento exacto o reflexivo de las cosas. Es la conciencia la que da sentido y valor a los actos de la persona; la que permite al individuo distinguir racionalmente la licitud o*

<sup>21</sup>Corte Constitucional, sentencia C-085 de 1995, MP. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>22</sup>Dijo la Corte al respecto: *“Las sentencias de la Corte [...] ofrecen a los demás órganos del Estado, y a los miembros de la comunidad en general, la visión dinámica de lo que la Constitución concretamente prescribe. La interpretación que lleva a cabo la Corte no es externa al texto de la Carta, como que ésta demanda de la misma para poder actualizarse en el espacio y en el tiempo históricos. Las sentencias de la Corte Constitucional, en este sentido, por ministerio de la propia Constitución, son fuentes obligatorias para discernir cabalmente su contenido”*. Sentencia SU-640 de 1998, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>23</sup>Corte Constitucional, sentencia C-617 de 1997, MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

*ilicitud de sus actuaciones, de conformidad con los parámetros que guían el obrar humano*<sup>24</sup> (subrayas fuera de texto).

La idea de la libertad de conciencia como un derecho de los individuos, no de las personas jurídicas, fue reiterada además por la Corte Constitucional en la sentencia que despenalizó el aborto. En este fallo se dijo al respecto: “*cabe recordar además, que la objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas, o el Estado. Solo es posible reconocerlo a personas naturales, de manera que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia*”<sup>25</sup>.

Como puede advertirse, según la doctrina constitucional, el que el derecho a la objeción de conciencia no pueda ser ejercido por instituciones no comporta una indebida restricción a este derecho, sino que hace parte de su propio contenido constitucional. En este sentido, no es cierto que el Presidente haya regulado este derecho y haya violado de este modo la reserva de ley estatutaria. De conformidad con la función integradora de la doctrina constitucional, lo que hace el decreto demandado es aplicar a la regulación de la prestación de un servicio de salud la norma constitucional contenida en el artículo 18, cualificada en su sentido y alcance por lo que de ella ha dicho el órgano encargado de garantizar la supremacía e integridad de las normas de normas. Decir que el artículo 5° del decreto demandado regula el derecho a la libertad de conciencia, sería tanto como decir que el decreto estaría regulando el derecho a la igualdad si contuviera una norma que estableciera que no podrán ser invocadas razones de sexo, raza o religión para negar el acceso al servicio de interrupción voluntaria del embarazo. De hecho, siguiendo la lógica del argumento del demandante, habría que concluir que el artículo 6° del decreto en cuestión está regulando el derecho a la igualdad al establecer que “*en ningún caso la objeción de conciencia, la no objeción de conciencia o el antecedente de haber practicado o realizado una interrupción voluntaria del embarazo, podrá constituir una circunstancia de discriminación para la gestante, los profesionales de la salud y los prestadores de servicios de salud*”. En el mismo sentido, tampoco podría aducirse, por ejemplo, que el Gobierno estaría regulando el derecho a la igualdad si, al reglamentar el servicio de entrega de pasaportes, dispusiera que existirá una línea de prelación en la atención de usuarios para las personas de la tercera edad y las personas en situación de discapacidad. Estos argumentos *ab absurdum* ponen en evidencia la falta de razón que le asiste al demandante en este punto.

De conformidad con los argumentos expuestos, este cargo tampoco debe prosperar.

### **Conclusión y peticiones**

De acuerdo con lo expuesto en esta intervención, estimamos que el demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el Decreto 4444 de 2006.

---

<sup>24</sup> Corte Constitucional, sentencia T-332 de 2004, MP. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>25</sup> Corte Constitucional, sentencia C-355 de 2006.

El demandante no logra demostrar su tesis central, a saber, que el Decreto 4444 reglamenta la sentencia pues, por un lado, confunde el objeto del reglamento con su fundamento y, por otro lado, nunca justifica por qué las normas legales citadas en el decreto no son el objeto del reglamento. El demandante desconoce el impacto normativo de la sentencia sobre el sistema de salud, y atribuye erróneamente al legislador las facultades de regulación de la prestación de servicios de salud que por ley le corresponden al Presidente. Igualmente, desconoce la facultad del Gobierno Nacional de definir los términos de prestación del POS, y a partir de tal desconocimiento deduce erróneamente que el Gobierno invadió la competencia de la Comisión de Regulación en Salud de definir el contenido del POS. Finalmente, el demandante entiende que la aplicación de la doctrina constitucional sobre la objeción de conciencia al caso de la interrupción voluntaria del embarazo constituye una invasión de la competencia del legislador estatutario de regular el derecho a la libertad de conciencia, lo cual es claramente equivocado.

En virtud de lo anterior, solicitamos a la Honorable Sala que deniegue las pretensiones de la demanda.

Rodrigo Uprimny Yepes  
C.C. No. 79.146.539 de Usaquén  
Director  
Centro de Estudios de Derecho,  
Justicia y Sociedad DeJuSticia

Luz María Sánchez Duque  
C.C. No. 30.233.501 de Manizales  
Investigadora Asistente  
Centro de Estudios de Derecho,  
Justicia y Sociedad DeJuSticia

Diana Esther Guzmán Rodríguez  
C.C. No. 52.886.418 de Bogotá  
Investigadora  
Centro de Estudios de Derecho,  
Justicia y Sociedad DeJuSticia

Nelson Camilo Sánchez León  
C.C. No. 11.203.155 de Chía  
Investigador  
Centro de Estudios de Derecho,  
Justicia y Sociedad DeJuSticia