



Auto 038/12

Referencia: Solicitud de nulidad de la sentencia T- 585 de 2010 impetrada por el Procurador General de la Nación.

Acción de tutela instaurada por AA contra el Hospital Departamental de Villavicencio E.S.E. Expediente T-2.597.513.

Magistrado ponente: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá, D. C. veintiocho (28) de febrero de dos mil doce (2012)

Procede la Sala Plena de la Corte Constitucional a decidir sobre la solicitud de nulidad de la sentencia T-585 de 2010 proferida por la Sala Octava de Revisión.

I. ANTECEDENTES

El trece (13) de diciembre de 2010 se recibió en la Secretaría General de la Corte Constitucional solicitud de nulidad de la sentencia T-585 de 2010 presentada por el Procurador General de la Nación Alejandro Ordóñez Maldonado (en adelante el Procurador). Procede a continuación la Sala Plena a resolverla.

Antes de ello debe aclararse que por estar profundamente involucrada la dignidad de la actora del proceso de tutela T-2.597.513, la Sala ha decidido no hacer mención a su nombre como medida para garantizar su intimidad, su buen nombre y su honra. En este sentido se tomarán medidas para impedir su identificación, reemplazando el nombre de la peticionaria por las letras AA y eludiendo la mención de otros datos que podrían conducir a esta.

1. Antecedentes del proceso de tutela que dio lugar a la expedición de la sentencia T- 585 de 2010

El nueve (9) de diciembre de dos mil nueve (2009), la ciudadana AA interpuso acción de tutela solicitando el amparo de sus derechos fundamentales a la salud y la vida, los cuales, en su opinión, estaban siendo amenazados por el Hospital Departamental de Villavicencio E.S.E. Los hechos que la llevaron a elevar su petición fueron los siguientes

Hechos que originaron la interposición de la acción de tutela

1.- AA, madre cabeza de familia de veinticuatro (24) años, perteneciente al régimen subsidiado –Sisben Nivel 1-, se encontraba en estado de embarazo –con diez (10) semanas de gestación al momento de la interposición de la tutela- y éste había sido diagnosticado como de alto riesgo.

2.- AA manifestó que en sus tres embarazos anteriores había sufrido de preclampsia y eclampsia, razón por la cual uno de sus hijos había nacido sin vida, otro había nacido prematuro y posteriormente había tenido un aborto espontáneo.

3.- El siete (7) de noviembre de 2009 la actora fue remitida por una médica, perteneciente al Centro de Salud El Recreo, a la unidad de Ginecología del Hospital Departamental de Villavicencio con indicación de que la atención debía ser prioritaria debido a que el embarazo era de alto riesgo. Afirmó la accionante que había manifestado al Centro de Salud mencionado *“el miedo de morir en este embarazo y el deseo de acogerme a la sentencia de la Corte Constitucional, que permite el aborto en aquellos casos en que está en riesgo la salud de la madre (...) pero no me dieron ninguna solución”*.

4.- Ese mismo día la peticionaria fue atendida por urgencias en el Hospital Departamental de Villavicencio y remitida al especialista en ginecología.

5.- Debido a la remisión antedicha la accionante fue atendida en el Hospital demandado, el diez (10) de noviembre del 2009, por un ginecólogo quien confirmó el diagnóstico de embarazo de alto riesgo con seis (6) semanas de gestación y le ordenó un *“control 1 mes”*. Indicó la actora que también le prescribió unos exámenes y le dio una nueva cita para el veinticinco (25) de noviembre de 2009. Afirmó que cuando le comunicó al médico el temor por su vida y su deseo de proceder a la interrupción del embarazo *“se escuda en la objeción de conciencia”* y le respondió que *“hay que aguantar”*. Sin embargo, la peticionaria manifestó: *“siento que mi cuerpo no aguanta más; cada día me siento más decaída, no solo son los múltiples episodios de náuseas que sufro, pues presento vómitos constates (sic) de día y noche, sino que estoy bajando un kilo de peso por semana. Como puedo aguantar cuando la cefalea es constante (...)”*. Relató la actora que finalmente fue atendida un día antes de lo planeado, el veinticuatro (24) de noviembre de 2009, por un ginecólogo distinto, quien le dio una orden para otra cita con el médico anterior, pero *“cuando me dirijo a sacarla me dice que espere la llamada en unos días ya que citas para este año no hay; y agenda del próximo año tampoco hay”*. Refirió que *“en la consulta le informé de los síntomas relatados anteriormente (...) además de que ahora el vomito viene acompañado de sangre, también le digo de mi dolor de cabeza que cada día terrible (sic) y que constantemente veo luces, escucho pitos debido a esto, que los pies en ocasiones se me inflaman; cuando toman mi peso notan que ya se encuentra en 60 kilos 4 kilos debajo del peso del 04 de noviembre y que ya estoy en condiciones de deshidratación pero no me solucionan nada”*.

6.- Con fundamento en los hechos narrados, la ciudadana AA exigió la protección de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida que consideraba amenazados por el Hospital demandado al negarse a interrumpir su embarazo a pesar de que, en su opinión, estaban en peligro su vida y su salud razón por la cual se encontraba incurso en una de las hipótesis en las que la interrupción voluntaria del embarazo (en adelante IVE) no es punible según la sentencia C-355 de 2006. Solicitó entonces que se ordenara al Hospital demandado practicársela.

Respuesta de la entidad demandada

El Hospital Departamental de Villavicencio argumentó que *“hecha la consulta al (...) Coordinador de Ginecología del Hospital Departamental de Villavicencio, y que me permito aportar a esta contestación la situación es la siguiente: La paciente (...) no cuenta con al menos un requisito de la ley para proceder a interrumpir el embarazo, para el caso, ella asume que su vida está en peligro o su salud. En estos casos se necesita el concepto escrito del médico y/o psicólogo que asesore esto y hasta ahora, no hay documento (...) Ni anotación en la historia clínica que aconseje interrumpir el embarazo”*.

Actuaciones surtidas en primera instancia

El juzgado de primera instancia ordenó, entre otras pruebas, la remisión de la peticionaria al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses *“a fin de que se le practique valoración y se establezca la patología que esta presentando, indicando la gravedad de la misma y si pone o no en riesgo la vida de la paciente y de la criatura por nacer”*. Por ello, fue valorada por medicina legal, informe en el cual se concluyó *“se aconseja valoración por considerarse embarazo actual de alto riesgo”*.

Posteriormente, el mismo juzgado ordenó *“remitir al Hospital Departamental del Meta a la accionante (...) para que sea valorada de manera inmediata por un médico ginecólogo-obstetra y este emita concepto respecto de su estado de embarazo y determine si se trata de un embarazo de alto riesgo que coloca en riesgo la vida de la madre y del feto”*. Debido a ello, se recibió en el juzgado de primera instancia la valoración requerida practicada por un ginecólogo obstetra del hospital demandado, quien conceptuó: *“Paciente con alto riesgo de preclampsia pero que en el momento no tiene preclampsia, ni enfermedad orgánica que ponga en peligro inminente su vida como lo consagra la ley para interrumpir el embarazo. Sin embargo con una carga emocional que amerita concepto de psicólogo para determinar aptitud para continuar gestación si psicólogo (sic) emite concepto de paciente no apta psicológicamente, estaremos atentos para interrumpir el embarazo o cuando existe indicación médica”*.

Sentencia de instancia única objeto de revisión

El dieciocho (18) de diciembre de 2009 el juzgado de instancia decidió negar el amparo de los derechos fundamentales de la actora.

Estimó, en primer lugar, que no se encontraba probada la hipótesis de peligro para la vida o la salud de la gestante que autorizaría la IVE. Al respecto indicó que *“es evidente que del [dictamen practicado por medicina legal] (...) no emerge una situación que evidencie o constate algún grave peligro para la accionante (...) ni para su nasciturus en gestación (...)”*. Precisó al respecto que *“no corresponde al juez constitucional la carga probatoria sino a la accionante, por lo que si ella consideró que su vida se encuentra en grave e inminente peligro de muerte debió probarlo y no esperar a que fuera el juzgador quien agotara estas instancias (...)”*.

En segundo lugar consideró que el demandado no se ha negado a realizar la IVE, por el contrario, según la valoración practicada por el ginecólogo obstetra, *“estarán atentos a interrumpir el embarazo cuando por lo menos exista una indicación médica (...)”*.

En tercer lugar arguyó que *“con anterioridad a esta acción la ciudadana AA no había solicitado al demandado Hospital Departamental, la interrupción de su embarazo; entonces, mal puede endilgarse una vulneración a derechos fundamentales por acción u omisión de la accionada (...) El Hospital Departamental del Meta con su actitud no amenazó siquiera los derechos fundamentales de la señora*

AA; pues es deber del paciente informar y solicitar que su caso sea atendido, procedimiento que no realizó la accionante (...) antes de acudir a la acción de tutela, debió acudir a su entidad prestadora de salud del régimen subsidiado agotando tales instancias, para que allí se le practicasen todos los exámenes y valoraciones sobre su situación clínica y médica, donde se hubiese determinado la práctica directa del aborto por parte del Hospital si cumplía alguno de los requisitos o en su defecto, ahí si finalmente al no existir otro medio, acudir si a la tutela como mecanismo excepcional”.

Actuaciones surtidas en el trámite de revisión

Por medio de comunicación telefónica que tuvo lugar con la peticionaria el día veintiocho (28) de abril de 2010, al Despacho del Magistrado Sustanciador se le hizo saber que la misma ya no se encontraba en estado de gestación y que tampoco había dado a luz; concretamente manifestó que *“no había continuado con el embarazo”*.

2. La sentencia T-585 de 2010

El problema jurídico planteado

La Sala Octava de Revisión consideró que el problema jurídico a dilucidar consistía en determinar si el Hospital Departamental de Villavicencio E.S.E. había vulnerado el derecho fundamental a la IVE de la señora AA al negarse a practicarle el procedimiento necesario para la misma al estar incura, a su juicio, en una de las hipótesis en que ésta no es punible de conformidad con la sentencia C-355 de 2006 – peligro para vida o la salud física o mental de la gestante-.

Los temas tratados

A fin de resolver el caso concreto, la Sala Octava se pronunció previamente sobre: (i) la jurisprudencia constitucional sobre la carencia actual de objeto, (ii) la sentencia C-355 de 2006 mediante la cual se despenaliza la IVE en tres circunstancias específicas y su *ratio decidendi*, (iii) los requisitos para proceder a la IVE según la sentencia C-355 de 2006 y su desarrollo en la jurisprudencia en materia de tutela, (iv) el derecho fundamental de las mujeres a la IVE como derecho reproductivo y las correlativas obligaciones de respeto y garantía en cabeza del Estado y los promotores y prestadores del servicio de salud, y (v) las consecuencias de la suspensión provisional del decreto 4444 de 2006 “por el cual se reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva” respecto de las obligaciones del Estado y de los prestadores y promotores del servicio de salud.

A continuación se hará un resumen de las consideraciones hechas por la Sala Octava de revisión en la sentencia T-585 de 2010 respecto de cada uno de los temas tratados.

Jurisprudencia constitucional sobre la carencia actual de objeto

Indicó la Sala que el fenómeno de la carencia actual de objeto tiene como característica esencial que la orden del/de la juez/a de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surtiría ningún efecto, esto es, caería en el vacío. Explicó que lo anterior se presenta, generalmente, a partir de dos eventos: el hecho superado o el daño consumado.

Por un lado, señaló, la carencia actual de objeto por hecho superado se da cuando entre el momento de la interposición de la acción de tutela y el momento del fallo se satisface por completo la pretensión

contenida en la demanda de amparo -verbi gratia se ordena la práctica de la cirugía cuya realización se negaba -, razón por la cual cualquier orden judicial en tal sentido se torna innecesaria.

Se preguntó la Sala Octava ¿Cuál debe ser entonces la conducta del/de la juez/a de amparo ante la presencia de un hecho superado? Para resolver este interrogante recordó que, según la jurisprudencia constitucional, se debe hacer una distinción entre los/las jueces/zas de instancia y la Corte Constitucional cuando ejerce su facultad de revisión. Así, manifestó que esta Corte ha señalado que *“no es perentorio para los jueces de instancia (...) incluir en la argumentación de su fallo el análisis sobre la vulneración de los derechos fundamentales planteada en la demanda. Sin embargo pueden hacerlo, sobre todo si consideran que la decisión debe incluir observaciones acerca de los hechos del caso estudiado, incluso para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes”*, tal como lo prescribe el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991. Agregó que, lo que es potestativo para los/las jueces/zas de instancia, se convierte en obligatorio para la Corte Constitucional en sede de revisión pues como autoridad suprema de la Jurisdicción Constitucional *“tiene el deber de determinar el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita”*.

Estimó que lo que resulta ineludible en estos casos, tanto para los/las jueces/zas de instancia como para esta Corporación, es que la providencia judicial incluya la demostración de que en realidad se ha satisfecho por completo lo que se pretendía mediante la acción de tutela, lo que autoriza a declarar en la parte resolutive de la sentencia la carencia actual de objeto y a prescindir de orden alguna, con independencia de aquellas que se dirijan a prevenir al demandado sobre la inconstitucionalidad de su conducta y a advertirle de las sanciones a las que se hará acreedor en caso de que la misma se repita, al tenor del artículo 24 del Decreto 2591 de 1991.

Por otro lado, indicó que la carencia actual de objeto por daño consumado se presenta cuando la vulneración o amenaza del derecho fundamental ha producido el perjuicio que se pretendía evitar con la acción de tutela, de modo tal que ya no es posible hacer cesar la violación o impedir que se concrete el peligro y lo único que procede es el resarcimiento del daño originado en la vulneración del derecho fundamental.

Recordó que la acción de tutela tiene un carácter eminentemente preventivo más no indemnizatorio, por regla general. En otras palabras, que su fin es que el/la juez/a de tutela, previa verificación de la existencia de una vulneración o amenaza de un derecho fundamental, dé una orden para que el peligro no se concrete o la violación concluya; sólo excepcionalmente se permite ordenar algún tipo de indemnización. En este orden de ideas, en caso de que presente un daño consumado, cualquier orden judicial resultaría inocua o, lo que es lo mismo, caería en el vacío pues no se puede impedir que se siga presentando la violación o que acaezca la amenaza. La única opción posible es entonces la indemnización del perjuicio producido por causa de la violación del derecho fundamental, la cual, en principio, no es posible obtener mediante la mencionada vía procesal.

En esta hipótesis también se preguntó la Sala Octava cuál es la conducta a seguir por parte del/de la juez/a de tutela en el caso en el que se verifique la existencia de un verdadero daño consumado teniendo en cuenta que, como se dijo, cualquiera de sus órdenes sería inocua. Para responder a este interrogante, señaló, la jurisprudencia constitucional ha indicado que es necesario distinguir dos supuestos.

El primero de ellos se presenta cuando al momento de la interposición de la acción de tutela el daño ya está consumado, caso en el cual ésta es improcedente pues, como se indicó, tal vía procesal tiene un carácter eminentemente preventivo mas no indemnizatorio. A ello se refiere el artículo 6, numeral 4, del Decreto 2591 de 1991 cuando indica que *“la acción de tutela no procederá... cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado (...)”*. Esto quiere decir que el/la juez/a de tutela deberá hacer, en la parte motiva de su sentencia, un análisis serio en el que demuestre la existencia de un verdadero daño consumado al cabo del cual podrá, en la parte resolutive, declarar la improcedencia de la acción sin hacer un análisis de fondo. Adicionalmente, si lo considera pertinente, procederá a compulsar copias del expediente a las autoridades que considere obligadas a investigar la conducta de los/las demandados/as cuya acción u omisión causó el daño e informar al actor/a o a sus familiares sobre las acciones jurídicas de toda índole a las que puede acudir para el resarcimiento del daño.

El segundo supuesto tiene lugar cuando el daño se consuma en el transcurso del trámite de la acción de tutela: en primera instancia, segunda instancia o en el trámite de revisión ante la Corte Constitucional. En esta hipótesis, señaló que la jurisprudencia constitucional ha indicado que si bien no resulta viable emitir la orden de protección que se solicitaba en la acción de tutela, es perentorio que, tanto el/la juez/a de instancia como la Corte Constitucional en sede de revisión:

- (i) Se pronuncien de fondo en la parte motiva de la sentencia sobre la presencia del daño consumado y sobre si existió o no la vulneración de los derechos invocados en la demanda, lo cual incluye, en el caso del juez/a de segunda instancia y de la Corte Constitucional, la revisión de los fallos precedentes para señalar si el amparo ha debido ser concedido o negado.
- (ii) Hagan una advertencia *“a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela (...)”*, al tenor del artículo 24 del decreto 2591 de 1991.
- (iii) Informen al actor/a o a sus familiares sobre las acciones jurídicas de toda índole a las que puede acudir para la reparación del daño.
- (iv) De ser el caso, compulsen copias del expediente a las autoridades que considere obligadas a investigar la conducta de los/las demandados/as cuya acción u omisión causó el mencionado daño.

Para ejemplificar la hipótesis del daño consumado durante el transcurso del proceso de tutela trajo a colación la Sala Octava dos acciones de tutela por negación de la IVE, decididos por esta Corte mediante las sentencias T-209 de 2008 y T-946 de 2008. En esas oportunidades, recordó, se verificó la existencia de una carencia actual de objeto por daño consumado ya que las peticionarias dieron a luz ante la injustificada negativa de las Empresas Promotoras de Salud –EPS- y de las Instituciones Prestadoras de Salud –IPS- a realizarles el procedimiento necesario para la interrupción voluntaria de un embarazo producto de un acceso carnal no consentido.

Ante la presencia del daño consumado, de conformidad con la jurisprudencia reseñada, la Corte procedió a (i) indicar que los demandados habían incurrido en una vulneración de los derechos fundamentales de la actora al rehusarse a practicarle la IVE a pesar de encontrarse incurso en una de las hipótesis despenalizadas mediante la sentencia C-355 de 2006, (ii) señalar que los jueces de instancia han debido conceder el amparo y (iii) oficiar a la Superintendencia Nacional de Salud, al Ministerio de la Protección Social, al Consejo Seccional de Judicatura respectivo y a la Fiscalía General de la Nación con el fin de que

se investigaran las conductas de las demandadas y de los jueces de instancia. Es más, en las sentencias reseñadas la Corte consideró que, más que informar a la peticionaria y a su familia sobre las acciones jurídicas a las que podía acudir para la reparación del daño, se debía hacer uso del artículo 25 del decreto 2591 de 1991 que permite, de forma excepcional (iv) ordenar en abstracto la indemnización del daño causado.

Ahora bien, advirtió la Sala Octava que es posible que la carencia actual de objeto no se derive de la presencia de un daño consumado o de un hecho superado sino de alguna otra circunstancia que determine que, igualmente, la orden del/de la juez/a de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surta ningún efecto. A manera de ejemplo, ello sucedería en el caso en que, por una modificación en los hechos que originaron la acción de tutela, el/la tutelante perdieran el interés en la satisfacción de la pretensión solicitada o ésta fuera imposible de llevar a cabo.

Ejemplificó tal hipótesis con una acción de tutela por negación de la IVE decidida a través de la sentencia T-988 de 2007 en la que tanto la EPS como los jueces de instancia se rehusaron ilegítimamente a practicar la interrupción voluntaria de un embarazo producto de un acceso carnal violento en persona incapaz de resistir. Ante la negativa, la mujer terminó su gestación por fuera del sistema de salud, por lo que, en sede de revisión, cualquier orden judicial dirigida a la interrumpir el embarazo resultaba inocua. No se trataba entonces de un hecho superado, pues la pretensión de la actora de acceder a una IVE dentro del sistema de salud en condiciones de calidad fue rechazada, pero tampoco de un daño consumado en vista de que la gestación no continuó.

En esa ocasión se estimó que, no obstante la carencia actual de objeto, era necesario que la Corte (i) se pronunciara de fondo en la parte motiva de la sentencia sobre la vulneración de los derechos invocados en la demanda y sobre los fallos de instancia para señalar que el amparo debía haber sido concedido y (ii) advirtiera a la demandada que no volviera incurrir en las conductas violadoras de derechos fundamentales. Agregó la Sala Octava que aquí también es procedente (iii) compulsar copias del expediente a las autoridades que se considere obligadas a investigar la conducta de los/las demandados/as que violaron derechos fundamentales.

Visto lo anterior, consideró la Sala Octava que la carencia actual de objeto –por hecho superado, daño consumado u otra razón que haga inocua la orden de satisfacer la pretensión de la tutela- no impide un pronunciamiento de fondo sobre la existencia de una violación de derechos fundamentales y la corrección de las decisiones judiciales de instancia, salvo la hipótesis de la daño consumado con anterioridad a la presentación de la acción de amparo ya que allí ésta es improcedente en virtud del artículo 6, numeral 14, del decreto 2591 de 1991. Menos aun cuando el proceso se encuentra en sede de revisión, espacio en el cual la Corte Constitucional cumple la función de fijar la interpretación de los derechos fundamentales como autoridad suprema de la jurisdicción constitucional.

Además, resaltó la Sala Octava que un pronunciamiento judicial en este tipo de casos, a pesar de la ausencia de una orden dirigida a conceder la solicitud de amparo, tiene importantes efectos en materia prevención de futuras violaciones de derechos fundamentales y puede ser un primer paso para proceder a la reparación de perjuicios y a la determinación de responsabilidades administrativas, penales y disciplinarias.

La sentencia C-355 de 2006 mediante la cual se despenaliza la IVE en tres circunstancias específicas y su *ratio decidendi*

Recordó la Sala Octava que, a través de la sentencia C-355 de 2006, le correspondió a la Corte Constitucional pronunciarse sobre una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 122, 123 (parcial), 124, modificados por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 y 32, numeral 7 de la Ley 599 de 2000 Código Penal. En la parte resolutive de la sentencia mencionada, la Corte decidió:

- (i) *“Declarar EXEQUIBLE el artículo 32, numeral 7 de la Ley 599 de 2000, por los cargos examinados en la presente sentencia”.*
- (ii) *“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”.*
- (iii) *“Declarar INEXEQUIBLE la expresión ‘...o en mujer menor de catorce años (...)’ contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000”.*
- (iv) *“Declarar INEXEQUIBLE el artículo 124 de la Ley 599 de 2000”.*

Reiteró la Sala Octava que, como se indicó en las sentencias T-988 de 2007 y T-388 de 2009, a partir de la lectura de la sentencia de constitucionalidad mencionada es factible distinguir la *ratio decidendi*, esto es, aquellos argumentos utilizados por la Corte Constitucional para fundamentar la providencia que se relacionan de manera inescindible con la parte resolutive de la misma y que configuran, precisamente, el *decisum* de la providencia. A continuación, hizo alusión a algunos de los elementos más relevantes del *decisum* de la siguiente forma:

- (i) Ninguno de los valores, principios o derechos constitucionales fundamentales se garantiza en el ordenamiento jurídico constitucional colombiano de manera absoluta, pues estos deben poder dar lugar a la ponderación frente a otros valores, principios y derechos cuya protección también resulta relevante desde el punto de vista constitucional.
- (ii) El ordenamiento constitucional colombiano le confiere protección al valor de la vida y al derecho a la vida, pero esta protección no tiene igual extensión.
- (iii) Existe una protección general de la vida que engloba el valor de la vida del nasciturus. De ahí que la ley pueda diseñar los mecanismos para protegerla de la manera más óptima posible. Puede, incluso, el legislador acudir al derecho penal para esos efectos.
- (iv) La anterior posibilidad, no obstante, debe surtirse bajo las fronteras que traza la Constitución misma – reforzados estos límites con fundamento en lo dispuesto por el artículo 93 superior, esto es, por las garantías consignadas en un conjunto de convenios internacionales sobre derechos humanos aprobados por Colombia -. En ese orden, cualquier medida orientada a proteger el valor de la vida del nasciturus no puede significar atentar contra los derechos de la mujer gestante.

- (v) No puede entonces esa protección infringir los derechos de la mujer gestante a la dignidad, a la libertad en general, al libre desarrollo de su personalidad –que le reconoce la posibilidad de autodeterminarse y configurar su propia identidad-, a estar libre de toda suerte de discriminación injustificada y de violencia, a la vida, a la salud integral – física y mental – que incluye así mismo la salud sexual y reproductiva.
- (vi) Conferir un amparo absoluto al valor de la vida del nasciturus hasta el punto de penalizar el aborto en caso de conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, así como de incesto, cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, o cuando está en peligro la vida y la salud integral de la mujer gestante, equivale a permitir una intromisión estatal de magnitud desmesurada que se aparta por entero del mandato de proporcionalidad como ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional y desconoce las garantías que se desprenden a partir de la protección que se le confiere a los derechos de la mujer en el ámbito internacional de los derechos humanos.

Reiteró la Sala Octava que la Corte, en la sentencia C-355 de 2006, fundamentó la falta de proporcionalidad de la penalización del aborto respecto de los derechos de la mujer embarazada en cada una de éstas tres hipótesis de la siguiente manera.

Con relación a la primera de las circunstancias, para la Corte, cuando el embarazo es resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentido, así como de incesto, llevar el deber de protección del valor de la vida del nasciturus hasta el extremo de penalizar la interrupción del embarazo resultaba manifiestamente desproporcionado e irrazonable pues confería protección absoluta a la vida del feto sobre los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana de la mujer embarazada y, en ese sentido, *“priva[ba] totalmente de contenido estos derechos”*. Encontró la Corte que el respeto por la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad de la mujer excluía por entero el considerarla como *“mero receptáculo”*, motivo por el cual, en presencia de estas circunstancias, la exteriorización libre y autónoma del consentimiento de la mujer cobraba especial relevancia por encontrarse ante un hecho impuesto y no voluntario de inmensa trascendencia para su vida y para su realización personal en todos los sentidos.

En lo que toca con la segunda de la hipótesis -cuando el feto padece malformaciones de tal entidad que lo hacen inviable- dijo la Corte que *“el deber estatal de proteger la vida del nasciturus pierde peso, precisamente por estarse ante la situación de una vida inviable. De ahí, que los derechos de la mujer prevalezcan y el legislador no pueda obligarla, acudiendo a la sanción penal, a llevar a término el embarazo de un feto que, según certificación médica, se encuentra en tales condiciones”*. Una razón más para no penalizar la interrupción del embarazo bajo este supuesto radicaba, a juicio de la Corporación, en que sancionar penalmente la conducta con el fin de proteger la vida en gestación *“entrañaría la imposición de una conducta que excede la que normalmente es exigible a la madre, puesto que la mujer debería soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de la vida del ser que por su grave malformación es inviable”*. Además, obligar a la gestante a llevar a término el embarazo implicaba del mismo modo *“someterla a tratos crueles, inhumanos y degradantes que afectan su intangibilidad moral, esto es, su derecho a la dignidad humana”*.

Finalmente, encontró la Corte que, en los casos en los cuales se ve amenazada la salud y la vida de la mujer gestante, resulta a todas luces un exceso requerir que su vida – ya formada – ceda ante la vida del

feto – apenas en formación -. En ese orden de ideas, manifestó la Corporación: *“si la sanción penal del aborto se funda en el presupuesto de la preeminencia del bien jurídico de la vida en gestación sobre otros bienes constitucionales en juego, en esta hipótesis concreta no hay ni siquiera equivalencia entre el derecho no sólo a la vida, sino también a la salud propia de la madre respecto de la salvaguarda del embrión”*. Al respecto, hizo hincapié la Corte en que la mujer en estado de gestación no puede ser obligada *“a asumir sacrificios heroicos”* ni puede conducirse *“a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general”*. A juicio de la Corte, una obligación de esta entidad resulta por entero inexigible así el embarazo haya sido resultado de un acto consentido, máxime – agregó la Corporación - cuando se piensa en el artículo 49 Superior que contiene el deber en cabeza de toda persona *“de adoptar medidas para el cuidado de la propia salud”*.

En relación con esta temática, la Corte trajo a colación lo establecido en diferentes convenios internacionales encaminados a proteger el derecho a la vida y a la salud de las mujeres (artículo 6 del PDCP; el artículo 12.1 de la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer, y el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales) y recordó que tales disposiciones forman parte del bloque de constitucionalidad y exigen, en consecuencia, que el Estado adopte las medidas orientadas a proteger la vida y la salud de la mujer en estado de gravidez. En tal sentido, recalcó la Corte que prohibir el aborto cuando *“está en riesgo la salud o la vida de la madre puede constituir (...) una trasgresión de las obligaciones del Estado colombiano derivada de las normas del derecho internacional.”*

A propósito de lo anterior, indicó la Corte que en una eventualidad como la descrita no se cobijaba en exclusivo la protección de la salud física de la mujer gestante sino también se extendía ese amparo a *“aquellos casos en los cuales resulta afectada su salud mental”* y evocó la disposición contenida en el artículo 12 del PIDESC según la cual la garantía del derecho a la salud supone gozar del *“más alto nivel posible de salud física y mental”*. Concluyó la Corporación que el embarazo podía provocar *“una situación de angustia severa o, incluso, graves alteraciones síquicas que justifiquen su interrupción según certificación médica”*.

Los requisitos para proceder a la IVE según la sentencia C-355 de 2006 y su desarrollo en la jurisprudencia en materia de tutela

La Sala Octava reiteró que en la sentencia C-355 de 2006 la Sala Plena de esta Corporación dejó claros los requisitos que debían cumplir las mujeres embarazadas que, incursas en las circunstancias antes explicadas, desearan interrumpir voluntariamente la gestación. Recordó que la Corte no excluyó la posibilidad de regulación legislativa, pero fue muy enfática al precisar que tales regulaciones no podían encaminarse a establecer *“cargas desproporcionadas sobre el ejercicio de los derechos de la mujer”*.

A continuación la Sala Octava rememoró los requisitos para proceder a la IVE según la sentencia C-355 de 2006 y su desarrollo en la jurisprudencia en materia de tutela.

Señaló que, en el caso de que la mujer haya sido víctima de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentido así como de incesto, y solicite interrumpir el embarazo que se ha producido como producto de lo anterior, el único requisito que se puede exigir para acceder a su petición es que el hecho punible haya sido debidamente denunciado ante las autoridades competentes. A manera enumerativa, que no exhaustiva, citó como ejemplo que no se podría exigir, ni siquiera por vía legislativa o reglamentaria, (a) evidencia forense de penetración sexual, (b) pruebas que avalen que la relación sexual fue involuntaria o

abusiva, (c) requerir que la violación se confirme a satisfacción del juez, (d) pedir que un oficial de policía este convencido de que la mujer fue víctima de una violación o (e) permiso, autorización o notificación, bien del marido o de los padres. Ahora bien, recordó que se debe tener en cuenta que *“cuando la violación se presume por tratarse de una mujer menor de catorce (14) años, la exhibición de la denuncia se torna en una mera formalidad y la falta de la misma no puede ser pretexto para dilatar la interrupción del embarazo, si la mujer solicita que se le practique el aborto”*.

Puso la Sala Octava como ejemplo tres sentencias –T-988 de 2007, T-209 de 2008 y T-946 de 2008- en las cuales distintas Salas de Revisión de esta Corte concedieron el amparo a mujeres víctimas de estos delitos a quienes se había negado el acceso a la IVE mediante la exigencia de requisitos adicionales a los determinados en la sentencia C-355 de 2006.

Para los casos de que exista grave malformación del feto que haga inviable su vida o esté en peligro la vida y la salud integral de la mujer gestante, y ésta desee interrumpir la gestación, la Sala Octava indicó que, según la sentencia C-355 de 2006, el único requisito que se puede exigir para acceder a su petición es un certificado médico. Específicamente en la hipótesis de afectación de la salud mental de la gestante, señaló la Sala Octava que, en la sentencia T-388 de 2009, la Corte había aclarado que el certificado debe ser expedido por un profesional de la psicología y subrayó que está terminantemente prohibido descalificar conceptos médicos expedidos por psicólogos pues la Ley 1090 de 2006 les reconoce el estatus de profesionales de la salud.

Para ejemplificar este evento, la Sala Octava reiteró la sentencia T-388 de 2009 en la cual se consideró que se habían vulnerado los derechos fundamentales de la peticionaria, quien había exigido la IVE debido a que se presentaban malformaciones del feto que hacían inviable su vida, adjuntado el certificado médico respectivo, y a quien se le había solicitado orden judicial para proceder a la intervención.

El derecho fundamental de las mujeres a la IVE como derecho reproductivo y las correlativas obligaciones de respeto y garantía en cabeza del Estado y los promotores y prestadores del servicio de salud

En la sentencia T-585 de 2010 la Sala Octava estimó que resulta innegable que, a partir de la sentencia C-355 de 2006, surgió en Colombia un verdadero derecho a la IVE en cabeza de las mujeres que se encuentran incursas en las tres hipótesis despenalizadas. Recordó que, en esta sentencia de constitucionalidad, la 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 precisas circunstancias ya señaladas, de modo tal que la sanción penal resultaba desproporcionada. En otras palabras, dijo, del contenido de los derechos fundamentales mencionados la Corte derivó el derecho a la IVE de las mujeres gestantes que se encuentran en los eventos antes indicados.

Agregó la Sala Octava que, según la jurisprudencia constitucional, el derecho de las mujeres a la IVE se inscribe en la categoría de los derechos reproductivos.

Explicó que, en la sentencia T-732 de 2009, con fundamento en la Constitución, la jurisprudencia constitucional y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, se

afirmó que los derechos reproductivos reconocen y protegen (i) la autodeterminación reproductiva y (ii) el acceso a servicios de salud reproductiva.

- (i) Explicó la Sala Octava que, en virtud de la autodeterminación reproductiva se reconoce, respeta y garantiza la facultad de las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia. Ello encuentra su consagración normativa en el artículo 42 de la Constitución que prescribe que *“la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos”* y en el artículo 16, ordinal e), de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) que reconoce el derecho de la mujer y el hombre a decidir libremente sobre el número de sus hijos e hijas y el intervalo entre los nacimientos. Consideró que, después de la sentencia C-355 de 2006, es posible afirmar que dentro del contenido del derecho a la autodeterminación reproductiva se encuentra el derecho de las mujeres a la IVE cuando se encuentran en las hipótesis despenalizadas.
- (ii) Así mismo, indicó la Sala Octava, los derechos reproductivos reconocen, respetan y garantizan la facultad de las personas, en especial de las mujeres, de acceder a servicios de salud reproductiva. Aseveró que estos incluyen, entre otros, el acceso a los servicios de IVE de forma segura, oportuna y con calidad en aquellos casos en que no es punible de conformidad con la sentencia C-355 de 2006.

Por su importancia para la resolución del caso concreto recalcó la Sala Octava que este derecho al acceso a los servicios de IVE incluye una innegable faceta de diagnóstico en los casos de la causal de peligro para la vida o la salud física o mental de la gestante. Tal diagnóstico médico tendrá el objetivo de determinar, precisamente, si se configura la hipótesis referida para que, si ella lo desea, se expida el correspondiente certificado médico y se pueda proceder a la práctica de la intervención. En este sentido, concluyó, al igual que sucede con la fase de diagnóstico del derecho a la salud según la jurisprudencia constitucional, la paciente tiene derecho exigir de su EPS e IPS una valoración oportuna al respecto.

Con base en todo lo anterior la Sala Octava reiteró lo expresado en la sentencia T-732 de 2009 en la cual se determinó que las prerrogativas que conceden los derechos reproductivos, incluida la IVE, son parte de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de 1991 pues especifican las facultades que se derivan necesariamente de su contenido en el ámbito de la reproducción. Por esta razón la Declaración de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo del Cairo de 1994 indicó que esta categoría de derechos *“abarca ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de Naciones Unidas aprobados por consenso”* (principio 4). En este sentido, adujo que los derechos reproductivos, y con ellos la IVE, están implícitos en los derechos fundamentales a la vida digna (artículos 1 y 11), a la igualdad (artículos 13 y 43), al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), a la información (artículo 20), a la salud (artículo 49) y a la educación (artículo 67), entre otros. Por lo dicho, y debido a la influencia del derecho internacional de los derechos humanos, señaló que la jurisprudencia constitucional ha afirmado que los derechos reproductivos están protegidos por la Constitución de 1991 ya que *“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”*.

Añadió la Sala Octava que el reconocimiento de la IVE –en los casos despenalizados- como derecho fundamental protegido por la Constitución de 1991 y el bloque de constitucionalidad a partir de la sentencia C-355 de 2006 implicó el surgimiento de un conjunto de obligaciones de respeto y de garantía

en cabeza del Estado y de los prestadores y promotores del servicio público de salud. En otras palabras, explicó, el Estado y los particulares que participan del Sistema General de Seguridad Social en Salud –EPS e IPS- están en la obligación de abstenerse de imponer obstáculos ilegítimos a la práctica de la IVE en las hipótesis despenalizadas –obligación de respeto- tales como exigir requisitos adicionales a los descritos en la sentencia C-355 de 2006. Así también, tienen el deber de desarrollar, en la órbita de sus competencias, todas aquellas actividades que sean necesarias para que las mujeres que soliciten la IVE, y que cumplan los requisitos de la sentencia C-355 de 2006, accedan al procedimiento en condiciones de oportunidad, calidad y seguridad –obligación de garantía- .

Al respecto, reiteró la sentencia T-388 de 2009 en la cual se enlistó, de forma enunciativa, algunas de las obligaciones de respeto y de garantía más importantes:

- (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 (...)”*
- (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.*
- *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”.*

Así mismo, por su importancia para la resolución del caso concreto, agregó la Sala Octava que del derecho al acceso a los servicios de la IVE surge la correlativa obligación de garantizarlo, lo que, en los casos de la causal de peligro para la vida o la salud de la gestante, incluye el 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, 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.

Consecuencias de la suspensión provisional del decreto 4444 de 2006 “por el cual se reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva” respecto de las obligaciones del Estado y de los prestadores y promotores del servicio de salud

Recordó la Sala Octava que, en la sentencia C-355 de 2006, la Corte fue enfática en determinar que *“para todos los efectos jurídicos (...) 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. Lo anterior no obsta para que los órganos competentes, si lo consideran conveniente, expidan normas que fijen políticas públicas acordes con esta decisión”*. Ello porque los derechos de la mujer que sustentan la despenalización de la IVE en los tres casos explicados se encuentran en disposiciones constitucionales que poseen en sí mismas carácter normativo en virtud del artículo 4 de la Carta Política y en tratados internacionales sobre derechos humanos que tienen fuerza vinculante, prevalecen en el orden interno y hacen parte del bloque de constitucionalidad (artículo 93 ídem).

En este orden de ideas, la Sala Octava consideró necesario advertir que la suspensión provisional del decreto 4444 de 2006 “por el cual se reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva” efectuada por la Sección Primera del Consejo de Estado mediante auto del 15 de octubre de 2009 (expediente 2008-00256-00) no soslaya en ninguna medida el derecho de las mujeres a la IVE y las correlativas obligaciones de respeto y garantía en cabeza del Estado y de los particulares que prestan y promueven el servicio de salud ya que, reiteró, derivan directamente de la Constitución y del bloque de constitucionalidad.

Así mismo recalcó que, en virtud de la suspensión provisional del mencionado decreto, no se afecta la fuerza vinculante del acuerdo número 350 de 2006 expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud “Por medio del cual se incluye en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado la atención para la interrupción voluntaria del embarazo” pues éste fue emitido, no con fundamento en el acto administrativo suspendido, sino con base en las facultades que el artículo 172 de la ley 100 de 1993 le confirió al mencionado organismo de definir los medicamentos esenciales y genéricos que harán parte del Plan Obligatorio de Salud. Señaló que lo mismo sucede con la Circular Externa 058 del veintisiete (27) de noviembre de 2009 expedida por la Superintendencia Nacional de Salud pues su emisión se fundamenta en una orden judicial específica dada por la Sala Octava de Revisión en la sentencia T-388 de 2009 y no en el decreto 4444 de 2006 provisionalmente suspendido.

Concluyó la Sala Octava que, en definitiva, a pesar de la suspensión provisional de decreto 4444 de 2006, se mantiene incólume el derecho de las mujeres a la IVE y las correlativas obligaciones de respeto y garantía en cabeza del Estado y de los particulares que prestan y promueven el servicio de salud debido a que surgen directamente de la Constitución y del bloque de constitucionalidad.

La resolución del caso concreto en la sentencia T-585 de 2010

En primer lugar advirtió la Sala Octava que se presentaba una carencia actual de objeto que determinaba que fuera imposible que la orden solicitada en la demanda de amparo –la práctica de la IVE- surtiera

algún efecto. Ello porque, por medio de comunicación telefónica que tuvo lugar con la peticionaria el día veintiocho (28) de abril de 2010, el Despacho del Magistrado Sustanciador pudo constatar que la misma ya no se encontraba en estado de gestación y que tampoco había dado a luz; concretamente manifestó que “no había continuado con el embarazo”.

Explicó que en esta oportunidad la carencia actual de objeto no se derivaba de la presencia de un hecho superado o de un daño consumado pues la pretensión de la actora de acceder a una IVE dentro del sistema de salud en condiciones de calidad fue rechazada pero, al mismo tiempo, el nacimiento tampoco se produjo. Entonces determinó que la carencia actual de objeto surgía de una modificación en los hechos que originaron la acción de tutela que hacía que la pretensión fuera imposible de llevar a cabo.

Reiteró que la carencia actual de objeto, independientemente de la razón que la origine, no impide un pronunciamiento de fondo sobre la existencia de una violación de derechos fundamentales y la corrección de las decisiones judiciales de instancia. Menos aun cuando el proceso se encuentra en sede de revisión, espacio en el cual la Corte Constitucional cumple la función de fijar la interpretación de los derechos fundamentales como autoridad suprema de la jurisdicción constitucional. Así mismo, a pesar de la ausencia de una orden dirigida a conceder la solicitud de amparo, el pronunciamiento de fondo tiene importantes efectos en materia prevención de futuras violaciones de derechos fundamentales y puede ser un primer paso para la determinación de responsabilidades administrativas, penales y disciplinarias.

Recordó la decisión tomada en la sentencia T-988 de 2007 en la que se presentó la misma situación. En esa ocasión se estimó que, no obstante la carencia actual de objeto, era necesario que la Corte (i) se pronunciara de fondo en la parte motiva de la sentencia sobre la presunta vulneración de los derechos invocados en la demanda y sobre los fallos de instancia para señalar que si el amparo debía haber sido concedido o negado y, en el primer caso, (ii) advirtiera a la demandada que no volviera incurrir en las conductas violadoras de derechos fundamentales.

De conformidad con lo expresado, procedió la Sala Octava a pronunciarse de fondo sobre el caso concreto.

Concluyó que el Hospital Departamental de Villavicencio había violado el derecho fundamental de la demandante a la IVE. Para arribar a esa conclusión señaló que 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 gestante, 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.

En el caso concreto, estimó la Sala Octava que la falta de un protocolo de diagnóstico oportuno en el Hospital demandado significó que la solicitud de IVE que hizo la peticionaria desde un primer momento fuera completamente pasada por alto por los ginecólogos que la atendieron, quienes no le ordenaron ningún examen tendiente a determinar si se presentaba peligro para su vida o su salud física y mental y se limitaron a darle citas para controles. Recordó que la manifestación de la peticionaria sobre los graves

síntomas que sufría – cefalea, náuseas y vómito constante acompañado de sangre, rápida pérdida de peso, deshidratación, *“tristeza y desesperación”* entre otros- y su deseo de proceder a la IVE fue insensiblemente ignorada por los médicos mencionados que le decían simplemente que *“hay que aguantar”* y *“no le solucionaban nada”*. Recalcó que fue solamente con ocasión de la prueba ordenada por el juez de instancia que la señora AA fue examinada en el Hospital demandado con el objetivo de verificar el peligro para su vida o su salud. Consideró la Sala Octava que tal actitud negligente por parte del Hospital constituye un flagrante incumplimiento de su obligación constitucional de garantizar el derecho fundamental a la IVE en su fase de diagnóstico.

Señaló la Sala Octava que, como resultado de la valoración requerida por el juzgado de primera instancia, un ginecólogo del Hospital demandado conceptuó que la paciente *“no tiene preclampsia, ni enfermedad orgánica que ponga en peligro inminente su vida como lo consagra la ley para interrumpir el embarazo”*, lo que descartó la causal de peligro para la vida y la salud física y legitimó la negativa de la IVE, pero indicó que, en el mismo dictamen, el médico advirtió que la actora presentaba *“una carga emocional que amerita concepto de psicólogo para determinar aptitud para continuar gestación”*. Resaltó la Sala Octava que, a pesar de lo anterior, la peticionaria no fue remitida inmediatamente a un profesional de la psicología.

A juicio de la Sala Octava, el Hospital demandado debió hacer la remisión antedicha en virtud de su obligación de garantizar la faceta de diagnóstico del derecho fundamental a la IVE. Contrario a lo estimado por el juez de instancia, no bastaba que en el dictamen mencionado el médico del Hospital demandado indicara que si un psicólogo emitía *“concepto de paciente no apta psicológicamente, estaremos atentos para interrumpir el embarazo”*, pues es precisamente la Institución Prestadora de Salud –el Hospital-, y no la peticionaria, la que cuenta con la red de profesionales necesaria para hacer una valoración en tal sentido. Se recordó al ad-quo que, como es obvio, es deber de la IPS –no de las pacientes- proceder al diagnóstico médico ante una petición de IVE por la causal de peligro para la vida o la salud de la gestante. Agregó la Sala Octava que la remisión debió efectuarse en forma inmediata teniendo en cuenta que la gestación de la señora AA seguía avanzando y en tal sentido se hacía cada vez más compleja la posibilidad de practicar la IVE. En ausencia de la misma por parte del Hospital consideró la Sala Octava que debió el juez de instancia haberla ordenado pues en el acervo probatorio constaba que era necesaria.

Concluyó entonces la Sala Octava que (i) el hecho de no proceder a un diagnóstico oportuno e integral ante la reiterada manifestación de la peticionaria de su deseo de someterse a la IVE debido a los graves síntomas que padecía, aunado a (ii) la falta de remisión inmediata de la accionante a una consulta psicológica desconocieron la fase de diagnóstico del derecho fundamental de la actora a la IVE.

La Sala Octava expresó que fallas como la antes descrita inducen a las mujeres gestantes, sobre todo aquéllas de escasos recursos, a recurrir a procedimientos de interrupción de la gestación por fuera del Sistema de Seguridad Social en Salud en condiciones inseguras que pueden llegar a causarles la muerte o dejar graves secuelas en su salud física y mental. Estimó que el Estado y los promotores y prestadores del servicio de salud deben prevenir estas violaciones a los derechos fundamentales de las mujeres garantizando la IVE en condiciones de seguridad, oportunidad y calidad en las hipótesis despenalizadas por la sentencia C-355 de 2006.

Recordó que, antes de la emisión de la sentencia C-355 de 2006, varios organismos de vigilancia de tratados internacionales sobre derechos humanos expresaron al Estado Colombiano su preocupación debido a la alta tasa de mortalidad de las mujeres causada por abortos inseguros y recomendaron revisar

la legislación para despenalizar al menos algunos eventos con el objetivo de disminuir el mencionado índice. En ese orden de ideas, una vez despenalizadas las tres hipótesis descritas en la sentencia C-355 de 2006, se debe asegurar que ello se traduzca en una disminución efectiva de las muertes de mujeres por esta causa para que las recomendaciones de los organismos internacionales sean cumplidas, de lo contrario se podría configurar un desconocimiento de varios tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad (artículo 93 de la Constitución) además de un incumplimiento de la obligación constitucional de prevenir las violaciones de derechos fundamentales de las mujeres.

Lo anterior se refuerza, a juicio de la Sala Octava, al tenerse en cuenta las recientes recomendaciones hechas a Colombia por el Comité de Derechos Humanos de la Naciones Unidas, órgano que vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a raíz de la presentación del sexto informe periódico (4 de agosto de 2010).

Indicó el Comité mencionado que *“19. El Comité felicita al Estado Parte por haber avanzado en la implementación de la recomendación anterior emitida del Comité en 2004 (CCPR/CO/80/COL, párr. 13) a través de la sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional que despenalizó del aborto en ciertas circunstancias; cuando la mujer haya sido víctima de una violación o incesto, cuando el embarazo pone en riesgo la vida o la salud de la mujer y cuando el feto presenta graves malformaciones que hacen inviable su vida fuera del útero. Sin embargo, le preocupa al Comité que, a pesar del Decreto 4444 de 2006 del Ministerio de Salud, proveedores de servicios de salud se niegan a proporcionar abortos legales y que el Procurador General de la Nación no apoya la aplicación de la sentencia de la Corte Constitucional en esta materia. Asimismo, al Comité le preocupa que la insuficiente educación sexual en el curriculum escolar, y de información pública sobre cómo acceder a un aborto legal, sigue causando la pérdida de la vida para mujeres que han recurrido a abortos inseguros (Artículos 3, 6 y 26)”. De conformidad con lo anterior el Comité afirmó que “El Estado parte debe asegurar que proveedores de salud y profesionales médicos actúen en conformidad con la sentencia de la Corte y no se nieguen a proporcionar abortos legales. Asimismo, el Estado parte debe tomar medidas para ayudar a las mujeres a evitar embarazos no deseados, para que no tengan que recurrir a abortos ilegales o inseguros que puedan poner en riesgo su vida. El Estado parte debe facilitar el acceso a información pública sobre cómo acceder a un aborto legal”.*

Además, no compartió la Sala Octava el criterio usado por el juez de instancia para negar el amparo según el cual la actora *“no había solicitado al demandado Hospital Departamental, la interrupción de su embarazo”* pues estimó probado que lo hizo desde el primer día que fue atendida en tal lugar –siete (7) de noviembre de 2009- ya que la médica la remitió al especialista en ginecología con indicación *“aborto”*. Recalcó la Sala Octava que la solicitud de IVE no tiene formalidad alguna.

Las órdenes dadas en la parte resolutive de la sentencia T-585 de 2010

De acuerdo con lo expresado la Sala Octava de Revisión revocó el fallo proferido por el Juez ZZ, que decidió negar el amparo de los derechos fundamentales de la actora, y en su lugar declaró la carencia actual de objeto.

Adicionalmente previno al Hospital Departamental de Villavicencio E.S.E. para que en adelante cuente 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 gestante o en los que ella alega estar incurso en esta 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. Añadió que tal protocolo debe ser integral, es decir, incluir una valoración del estado de salud mental. Además, confió a la Superintendencia Nacional de Salud la vigilancia sobre el cumplimiento de esta orden.

Así mismo, ordenó a la Superintendencia Nacional de Salud que de manera pronta adopte 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 gestante o en los que ella alega estar incurso en esta 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. Agregó que tal protocolo debe ser integral, es decir, incluir una valoración del estado de salud mental. Finalmente indicó que la Superintendencia Nacional de Salud deberá vigilar el cumplimiento de lo anterior por parte de las EPS e IPS.

3. La solicitud de nulidad de la sentencia T- 585 de 2010

El Procurador divide su escrito de nulidad en dos grandes partes; en la primera de ellas consigna las razones por las cuales estima que su solicitud cumple los presupuestos formales y la segunda de ellas está dedicada a sustentar las tres causales de nulidad que presenta. A continuación se resumirán cada uno de estos apartes.

Justificación del cumplimiento de los presupuestos formales

En lo que toca con el requisito de oportunidad, según el cual la petición de nulidad debe ser impetrada dentro de los tres días siguientes a la notificación de la providencia judicial, el Procurador sostiene que *“(...) según se informó por la Secretaría del [juzgado de instancia] la Sentencia T-585 de 2010 tan sólo se notificará a la actora y al Hospital Departamental de Villavicencio hasta hoy 13 de diciembre de 2010, lo que significa que el escrito de impugnación (sic) [entiende la Sala que se refiere en realidad al escrito de nulidad] se presenta en el término legal y jurisprudencial establecido”*.

Respecto de la legitimación por activa el solicitante fundamenta su intervención dos normas constitucionales: (i) el artículo 241, numeral 7º *“(...) que me faculta para intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales”* y el (ii) artículo 277 de acuerdo con el cual *“(...) me corresponde proteger sin limitación ni restricción alguna los derechos fundamentales, sin que la intervención en los asuntos judiciales que se me otorga como representante de la sociedad deba sujetarse a determinada acción o recurso (...)”*. En este sentido, asegura, se encuentra legitimado para pedir la nulidad de la sentencia T-585 de 2010 porque, a su juicio, vulnera los derechos fundamentales de las personas, los *“intereses manifiestos de la sociedad”* y el orden jurídico. Agrega que *“(...) la jurisprudencia constitucional me ha reconocido como Procurador General de la Nación y Jefe del Ministerio Público la facultad de origen constitucional para presentar solicitudes de nulidad, como la que interpose contra la Sentencia T-388 de 2009 (...)”*.

En lo relativo a la exigente carga argumentativa que debe soportar una petición de nulidad aduce que *“en el desarrollo de este escrito presentaré, según ha sido establecido como exigencia en la*

jurisprudencia de la Corte Constitucional, de forma clara y expresa los preceptos constitucionales transgredidos y la incidencia en la decisión proferida”.

Primera causal de nulidad: “Violación al derecho fundamental al debido proceso por apartarse la Sala Octava de Revisión al proferir la sentencia T-585 de 2010 del criterio de interpretación fijado por la jurisprudencia constitucional respecto a la carencia de objeto”

Indica el Procurador que, en la sentencia T-585 de 2010, la Sala Octava determinó que se presentaba una carencia actual de objeto que no provenía de un daño consumado ni de un hecho superado sino de *“una modificación en los hechos que originaron la acción de tutela que hace que la pretensión [la práctica del servicio del aborto] sea imposible de llevar a cabo”*. Con base en ello, señala, la Sala Octava estimó que era necesario un *“pronunciamiento de fondo sobre la existencia de una violación de los derechos fundamentales y la corrección de las decisiones judiciales de instancia, el cual puede tener importantes efectos en materia de prevención de futuras violaciones de derechos fundamentales y puede ser un primer paso para la determinación de responsabilidades administrativas, penales y disciplinarias”*.

Hecho el anterior recuento sostiene que *“con este proceder la Sala Octava de Revisión desconoció la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la carencia de objeto (...)”*. Para justificar su afirmación manifiesta lo siguiente:

- (i) Según la jurisprudencia constitucional, ante una carencia de objeto la Sala de Revisión debe *“pronunciarse de fondo en la parte motiva de la sentencia sobre la presencia del daño consumado y sobre si existió o no la vulneración de los derechos invocados en la demanda, lo cual incluye, en el caso del juez/a de segunda instancia y de la Corte Constitucional, la revisión de los fallos precedentes para señalar si el amparo ha debido ser concedido o negado”*.
- (i) En opinión del solicitante, en la sentencia T-585 de 2010 la Sala Octava contradijo la jurisprudencia constitucional reseñada ya que *“no se pronunció de fondo sobre la presencia del daño consumado ni sobre si existió o no una vulneración de los derechos invocados en la demanda, ni señaló en su parte resolutive si el amparo solicitado por la Señora AA ha debido ser concedido o negado”* sino que *“contradictoria y ambiguamente”* revocó el fallo de instancia y declaró la carencia actual de objeto.
- (ii) Según la jurisprudencia constitucional, ante una carencia de objeto la Sala de Revisión debe *“hacer una advertencia a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela (...), al tenor del artículo 24 del decreto 2591 de 1991”*.
- (iii) La Sala Octava, en la parte resolutive de la sentencia T-585 de 2010, previno al Hospital demandado para que *“en adelante cuente con un protocolo de diagnóstico rápido para aquellos eventos en los 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 en los que la mujer gestante alega estar incurso en ella y desea someterse a la IVE”*.
- (iv) Esto, en el entender del solicitante, no procedía porque *“ni en la Sentencia C-355 de 2006 ni en ninguna de la Sentencias de tutela proferidas por la Corte Constitucional (ni siquiera por la misma Sala Octava de Revisión) se establezca (sic) nada con respecto al mencionado protocolo de diagnóstico rápido o con respecto al derecho fundamental a la IVE en su fase de diagnóstico”*.

- (v) Así, indica, el derecho fundamental a la IVE en su fase de diagnóstico *“no sólo es una nueva regla constitucional sino que la Sala Octava de Revisión la constituyó con el propósito de juzgar con ella retroactivamente la actitud de los profesionales de la salud del Hospital demandado e imponerle a éste, y a través de la Superintendencia Nacional de Salud a todas las empresas promotoras de salud y las instituciones privadas, laicas o confesionales (a pesar de que éstas no hayan hecho parte del citado proceso de tutela y de ninguna manera se cumpla aquí con el principio democrático), la obligación de contar con un protocolo de diagnóstico rápido (...)”* para estos casos.
- (ii) Según la jurisprudencia constitucional, ante una carencia de objeto la Sala de Revisión debe *“informar al actor/a o a sus familiares sobre las acciones jurídicas de toda índole a las que pueda acudir para la reparación del daño”*.
- (vi) De conformidad con el escrito de nulidad, la sentencia T-585 de 2010 debe ser anulada porque en ella la Sala Octava *“no informó a la actora o a sus familiares sobre las acciones jurídicas a las que puede acudir para lograr la reparación del daño, como efectivamente no podía hacerlo toda vez que el Hospital Departamental de Villavicencio E.S.E. no le causó daño alguno al no practicarle un aborto o un servicio de interrupción voluntaria del embarazo, como lo llama la Sala Octava de Revisión, cuando ella no cumplía ni cumplió nunca con ninguno de los requisitos establecidos en la Sentencia C-355 de 2006”*.
- (iii) Según la jurisprudencia constitucional, ante una carencia de objeto la Sala de Revisión debe *“de ser el caso, compulsar copias del expediente a las autoridades que considere obligadas a investigar la conducta de los/las demandados/as cuya acción u omisión causó el mencionado daño”*.
- (vii) En opinión del solicitante, en la sentencia T-585 de 2010 la Sala Octava contradujo la jurisprudencia constitucional reseñada ya que *“no compulsó copias del expediente a ninguna autoridad que haya considerado competente para investigar las acciones u omisiones de los representantes y empleados del Hospital demandado, o del juez de instancia, aunque tampoco contra la actora, quien directamente informó al Despacho del Magistrado Sustanciador, que aún sin cumplir con ninguno de los requisitos establecidos en la Sentencia C-355 de 2006 y pese a la negativa del Juez de única instancia, había puesto fin a su embarazo (...)”*.
- (iv) Arguye que, según la jurisprudencia constitucional, al no presentarse ni un hecho superado ni un daño consumado no era procedente un pronunciamiento de fondo, sin embargo, la Sala Octava se basó en una modificación en los hechos que originaron la acción de tutela para emitirlo.

Además de los anteriores argumentos dirigidos a comprobar que en la sentencia T-585 de 2010 *“(...) se desconoció la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la carencia de objeto (...)”*, el solicitante agrega lo siguiente:

- (v) Argumenta que la Sala Octava *“partió de la falsa idea que la peticionaria hizo solicitud de aborto desde un primer momento”* para lo cual se basó en el *“documento de 7 de noviembre de 2009, suscrito por la médica XX”* al entender que allí se consignaba la palabra *“aborto”*, cuando en realidad se lee *“amenaza de aborto”*. Para demostrar lo anterior relata que *“(...) la Procuradora Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia. Dra. Ilva*

Myriam Hoyos Castañeda consiguió comunicarse telefónicamente con la mencionada médica (...), quien le explicó la anotación hecha por su mismo puño y letra, confirmando que al momento de la consulta descrita la paciente AA no hizo ninguna solicitud de aborto como efectivamente no consta en las pruebas que obran en el expediente. Y le remitió una aclaración por ella suscrita”, la cual anexa a su escrito de nulidad.

- (vi) *Agrega que tampoco es cierto que hubo una “(...) reiterada manifestación de la solicitud de someterse al mencionado procedimiento, porque el deseo de solicitar el aborto sólo se hizo manifiesto en la acción de tutela (...)”.*
- (vii) *A juicio del Procurador, la Sala Octava concluyó equivocadamente que solicitud de aborto fue “completamente pasada por alto por los profesionales de la salud que la atendieron — quienes no le ordenaron ningún examen tendiente a determinar si se presentaba peligro para su vida o su salud física y mental y se limitaron a darle citas para controles- (...) cuando lo cierto es que en el mismo folio citado [folio 7, cuaderno 1] se lee: valoración de ginecología prioritaria (...)”. Así, manifiesta, “mientras para la Sala Octava de Revisión en la Sentencia T-585 de 2010, la actitud negligente por parte del Hospital constituye un flagrante incumplimiento de su obligación constitucional de garantizar el derecho fundamental a la IVE en su fase de diagnóstico (...) lo que se aprecia al examinar el expediente es que el Hospital Departamental de Villavicencio actuó de manera diligente y le prestó adecuadamente el servicio de salud a la Señora AA”.*
- (viii) *Señala que la Sala Octava “(...) estimó que ante la valoración realizada por el ginecólogo del Hospital demandado a instancias del juzgado de única instancia, en el sentido de que la actora presentaba una carga emocional que amerita concepto de psicólogo para determinar aptitud para continuar [sic] gestación (...) la peticionaria no fue remitida inmediatamente a un profesional de la psicología (...), cuando lo cierto es que ese informe tiene fecha del mismo día de la Sentencia de tutela (...)”.*

Segunda causal de nulidad: “Violación al derecho fundamental al debido proceso porque la Sala Octava de Revisión, al proferir la Sentencia T-585 de 2010, desconoció la existencia de la cosa juzgada constitucional sobre el aborto establecida por la Sala Plena en la Sentencia C-355 de 2006”

El Procurador funda la segunda de las causales de nulidad que alega en que la sentencia T-585 de 2010 “(...) modifica toda la jurisprudencia constitucional sobre el aborto establecida entre la Sentencia C-355 de 2006”. Así, a su juicio, “(...) la Sala Octava de Revisión desconoció la existencia de la cosa juzgada constitucional respecto del aborto y adoptó una nueva jurisprudencia” al hacer un “(...) tránsito entre la conducta despenalizada del aborto al derecho al aborto (...)”. En definitiva el cambio de jurisprudencia estribaría en que, en contravía de la sentencia C-355 de 2006, la Sala Octava indicó en la sentencia T-585 de 2010 que la IVE es un derecho de carácter fundamental perteneciente a la categoría de los derechos reproductivos.

Aclara el solicitante que las consideraciones sobre la naturaleza de derecho de la IVE hechas en la sentencia T-585 de 2010 “(...) hace[n] parte del obiter dicta y no [de] su ratio decidendi (...)” pero “(...) en todo caso sí ha[n] generado y seguirá[n] generando una grave y peligrosa confusión en todos los agentes jurídicos hasta tanto no sea declarada su nulidad (...)”.

Para explicar esta segunda causal de nulidad, el Procurador resalta las que denomina “(...) *diferencias entre lo acordado por la Sala Plena de esta Corporación en la Sentencia C-355 de 2006 y lo expresado en la parte motiva de la Sentencia T-585 de 2006 (sic) (...)*”:

- (i) Recuerda que en la sentencia T-585 de 2010 la Sala Octava hizo un recuento de la *ratio decidendi* de la sentencia C-355 de 2006, esto es, de aquellos argumentos utilizados por la Corte Constitucional para fundamentar la providencia que se relacionan de manera inescindible con la parte resolutive de la misma y que configuran, precisamente, el *decisum* de la providencia.

Manifiesta que en ninguno de los elementos del *decisum* de la sentencia C-355 de 2006, que fueron resumidos por la Sala Octava en la sentencia T-585 de 2010, “(...) *se dice (...) que resulta 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 la mujeres que se encuentran incursas en las tres hipótesis señaladas (...) ni nada si quiera semejante*” a lo expresado en la sentencia T-585 de 2010.

- (ii) Estima que “(...) *ni en la demanda de constitucionalidad⁴¹ que dio lugar a esa providencia [C-355 de 2006] ni en la parte motiva o decisoria de la misma se consideró al aborto como tal [como derecho o como derecho fundamental]*” pues “(...) *la mencionada Sentencia en las consideraciones finales de manera categórica afirmó: la Corte se limitó a señalar las tres hipótesis extremas violatorias de la Constitución, en las que, con la voluntad de la mujer y previo cumplimiento del requisito pertinente se produce la interrupción del embarazo*”.

Así, pregunta, “*si la propia Sala plena delimita el campo de interpretación de su decisión, ¿por qué la Sala Octava de Revisión puede ir más allá de esa limitación y fundar en la Sentencia C-355 de 2006 el derecho al aborto, llamado por la Sala derecho a la interrupción voluntaria del embarazo?*”.

- (iii) Considera que “(...) *la Sala Plena en la Sentencia C-355 de 2006 no sólo no consideró que el aborto sea, en sí mismo, un derecho y mucho menos un derecho fundamental, sino que incluso, después de proferida esta providencia, el aborto sigue siendo en Colombia un delito, pues en la mencionada Sentencia de constitucionalidad se declaró exequible el artículo 122 del Código penal de manera condicionada*”. Explica que “*cosa distinta es que la Sala Plena de esa Corporación al ponderar los derechos fundamentales de la mujer con el bien jurídico protegido por el tipo penal de aborto, la vida (...), con algunos derechos fundamentales de las mujeres que se encuentran reconocidos en la Constitución Política y en los tratados internacionales de derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad, como el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana, la vida, la salud, consideró que pueden verse afectados con la prohibición absoluta del aborto*”.

En este orden de ideas, indica, “(...) *una cosa es decir que en algunas circunstancias extraordinarias y verdaderamente excepcionales la protección de la vida humana en gestación no pueda darse por vía del derecho penal pues ninguno de los derechos consagrados en la Constitución pueden tener un carácter absoluto [sentencia C-355 de 2006] (...) y otra muy distinta, y casi diametralmente opuesta, decir que el aborto o el servicio de la interrupción voluntaria del embarazo es un derecho y establecer, sin ninguna justificación, que según la jurisprudencia constitucional, el derecho de las mujeres a la IVE se inscribe en la categoría de los derechos reproductivos*”, como se hizo en la sentencia T-585 de 2010.

- (iv) Añade que “(...) la Sentencia C-355 de 2006 mantuvo vigente el tipo penal del aborto y reiteró la obligación constitucional y legal que tienen el Estado, la sociedad y los particulares de proteger la vida, mientras que la Sentencia T-585 de 2010 eliminó virtualmente el tipo penal de aborto e impuso al Estado y a los particulares una serie de obligaciones para defender el llamado derecho fundamental al aborto o derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo sin ninguna consideración por el bien jurídico protegido por el tipo penal de aborto: la vida humana en gestación”.

En otras palabras, “(...) la Sentencia C-355 de 2006 consideró que la Constitución Política es provida y que era conforme a la Constitución tipificar el delito del aborto y que no se derivaba de ningún tratado internacional la obligación de despenalizar el aborto, mientras que la Sentencia T-585 de 2010 consideró que el aborto o la interrupción voluntaria del embarazo es un derecho fundamental, inherente a otros derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, que su reconocimiento y defensa es una obligación internacional del Estado Colombiano consignada en instrumentos internacionales de derechos humanos y que directamente de la Constitución surgen obligaciones relacionadas con el aborto para algunas entidades administrativas como el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y la Superintendencia Nacional de Salud, e incluso para algunos particulares y entidades privadas, como es el caso de todas las EPS e IPS”.

- (v) Explica que “(...) en la Sentencia C-355 de 2006 no se impuso a nadie una obligación relacionada con el aborto en los casos despenalizados, sólo se precisó que a la mujer que solicita el servicio de interrupción voluntaria de embarazo no se le pueden imponer cargas ni obstáculos ni tampoco se le puede discriminar, mientras que la Sentencia T-585 de 2010 impuso obligaciones al Estado, a los particulares y a los médicos que atiendan a mujeres embarazadas, incluso si ellas no han solicitado el servicio de interrupción voluntaria del embarazo o antes de que cumplan con los requisitos establecidos, con el fin de que las entidades promotoras de salud procedan a un diagnóstico para saber si están incurso en algunas de las hipótesis previstas en la Sentencia C-355 de 2006”.

Es decir, “(...) en la Sentencia C-355 de 2006 tan sólo se excluyeron algunos casos concretos y específicos de la pena general que se establece en el artículo 122 del Código Penal para la mujer que se procure un aborto o la persona que se lo procure, mas no se modificó la esencia del tipo penal hasta el punto de modificar el bien jurídico protegido y formular una regla general según la cual deba suponerse o presumirse que cada vez que la mujer alega estar incurso y desea someterse a la IVE, ella se encuentra en alguna de esas circunstancias excepcionales, tiene derecho a la interrupción voluntaria del embarazo o IVE y, por lo tanto, que se tiene con ella el deber de hacerle todos los diagnósticos para verificar si cumple con algunos de los requisitos exigidos (...)”.

Estima que “(...) la Sala Octava de Revisión pretende ampliar las causales exceptivas de la Sentencia C-355 de 2006, y así, de acuerdo con lo sentado en la Sentencia T-585 de 2006, basta que la mujer embarazada alegue estar incurso en ella y desea[r] someterse a la IVE (...) para que las empresas promotoras de salud y las instituciones prestadoras de salud (...) cuenten con un protocolo de diagnóstico rápido para aquéllos eventos en que los/as profesionales de 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 (...) con lo cual el deseo se eleva a la categoría de derecho (...) fundamental”.

- (vi) Indica que *“en la Sentencia C-355 de 2006 el aborto se encuentra permitido en algunos casos excepcionales y extraordinarios que exigen una cierta carga probatoria mínima a la mujer que quiere abortar: copia de la denuncia o certificado médico, mientras que en la Sentencia T-585 de 2010 el aborto se encuentra permitido de manera general, pues si es un derecho fundamental de la mujer, debe presumirse que la mujer que desea practicárselo está en alguna de las causales de la Sentencia C-355 de 2006 y le corresponde no a ella sino a quien ella solicite el aborto hacerle un diagnóstico pronto e integral para probar que puede estar incurso en alguna de las hipótesis previstas en la Sentencia de constitucionalidad y si no se hace este diagnóstico pronto o no es integral, entonces la mujer si lo desea tiene el derecho de abortar por fuera del Sistema General de Seguridad Social sin responsabilidad penal alguna y además debe entenderse que se le vulneraron sus derechos fundamentales”*.
- (vii) Señala que *“(…) en el caso de la Sentencia T-585 de 2010 la Corte Constitucional deriva un derecho fundamental de una presunta acción delictiva. El tránsito, por tanto, no se da ni si quiera entre unos supuestos despenalizados de aborto por la Sentencia C-355 de 2006 (...) y el llamado derecho al aborto o derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. Por el contrario, el tránsito se da mal llamado derecho al aborto y una situación que no se encuentra cobijada por la Sentencia C-355 de 2006, no sólo porque no se probó que la continuación del embarazo de la Señora AA constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico, sino porque en contra de lo ordenado por el Juez de única instancia en la Sentencia de 9 de diciembre de 2009 la Señora AA terminó su gestación por fuera del sistema de salud con lo cual, además del posible delito de aborto pudo también haber incurrido en el delito fraude a resolución judicial, situación que no fueron denunciada por la Sala Octava de Revisión (...)”*.

En este sentido, *“(…) la Sentencia T-585 de 2010 desconoce lo establecido por la Sala Plena de la Corte Constitucional, en el sentido de que la protección de los derechos de la mujer no puede implicar la inxequibilidad o la no aplicación del artículo 122 de la Ley 599 de 2000, pues [ello] sería dejar desprotegida la vida. Además, impediría que el ordenamiento jurídico sobre el aborto surtiera efectos en situaciones donde la Constitución no lo ha ordenado permitir”*.

- (viii) Además de los anteriores argumentos dirigidos a comprobar que en la sentencia T-585 de 2010 *“(…) modifica toda la jurisprudencia constitucional sobre el aborto establecida entre la Sentencia C-355 de 2006”*, el solicitante asevera que la sentencia T-585 de 2010 también desconoció el auto 283 de 2010, expedido por la Sala Plena de esta Corporación para resolver de forma negativa las nulidades impetradas contra la sentencia T-388 de 2009.

La razón que esgrime es que en el auto 283 de 2010 *“(…) la Sala Plena de esa Corporación denegó la solicitud de nulidad que presenté contra la Sentencia T-388 de 2009 (...) por estimar que el objeto de esta última decisión judicial era lograr el reconocimiento y [la] aplicación de derechos fundamentales en la precisa forma en que fueron reconocidos en la sentencia C-355 de 2006 (...) mientras que en la Sentencia T-585 de 2010 se traspasan de manera ostensible los términos y los límites de la Sentencia C-355 de 2006, pues se llama derecho fundamental a lo que no es más que una conducta despenalizada en tres casos excepcionales y se hace nacer de ella obligaciones para entidades públicas y privadas (...)”*.

También sugiere que la sentencia T-585 de 2010 desconoce la jurisprudencia constitucional sobre el concepto de derecho fundamental. Indica que la sentencia T-406 de 1992 estableció unos criterios para

determinar cuándo un derecho es fundamental: *“la conexión directa con los principios, la eficacia directa del derecho, su contenido esencial, su reconocimiento o remisión expresa iusconstitucional o iusconvencional, su conexión directa con otros derechos fundamentales reconocidos y su carácter de derecho inherente a la persona humana”*. Insinúa que el derecho fundamental a la IVE no cumple con estos criterios.

Finalmente, el solicitante hace las siguientes consideraciones con el objetivo de explicar por qué, a su juicio, la IVE —en las tres hipótesis despenalizadas- no puede ser tomada como un derecho ni un derecho fundamental ni un derecho reproductivo:

- (ix) Sostiene que no se puede llamar derecho *“(…) a lo que en el derecho penal técnicamente se conoce como una causal de justificación, como lo es la legítima defensa (…)”*
- (x) Estima que considerar la IVE —en las tres hipótesis despenalizadas- como un derecho *“(…) equivaldría a decir que cuando en Colombia se encontraba despenalizada la dosis mínima de estupefacientes, entonces los ciudadanos tenían derecho a esta dosis y que, por tanto, podían exigirla del Estado o de un tercero, y que el Estado se encontraba en la obligación de promoverla (…)”*.
- (xi) Señala que *“(…) si el aborto en los casos excepcionados fuera un derecho (….) entonces se hace completamente incomprensible que el aborto se encuentre penalizado en todas las demás circunstancias o situaciones que, al menos en principio, deberían ser la regla general (…)”*. Ello porque *“(…) los derechos, y muy especialmente los derechos fundamentales y todo el conjunto de los derechos humanos, son principios, reglas generales, no excepciones”*.
- (xii) Manifiesta que la sentencia T-585 de 2010 hace una síntesis de la sentencia T-732 de 2009 para justificar la existencia del derecho fundamental a la IVE pero que *“(…) de la lectura detenida de esta última providencia no se deriva el llamado derecho fundamental al aborto. Por el contrario, se advierte que el derecho a la autodeterminación reproductiva se desconoce, por ejemplo, cuando se presentan embarazos, esterilizaciones, abortos o métodos de anticoncepción forzados”*.
- (xiii) Sostiene que la sentencia T-585 de 2010 fundamentó el carácter de derecho de la IVE en *“documentos jurídicos internacionales de derechos humanos”* lo cual es en su sentir erróneo pues *“el aborto a nivel internacional no tiene el carácter de derecho que pretende dársele en la Sentencia de tutela aquí cuestionada”*. Justifica tal afirmación de la siguiente forma:
 - a) En la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo del Cairo *“algunas partes interesadas intentaron interpretar la salud reproductiva en el sentido de incluir el aborto como un método de planificación familiar o incluso de reconocer un derecho al aborto. Sin embargo, estas interpretaciones no reflejan el consenso alcanzado en la mencionada Conferencia”*.
 - b) Cita declaraciones del Consejo Presidencial de la Unión Europea y de la Comisión Europea y una resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.
 - c) Cita declaraciones de la delegación estadounidense en la Conferencia del Cairo y en *“un encuentro de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Estado de la Mujer”*.

- d) Cita declaraciones del Primer Ministro Canadiense respecto del *“Plan de Salud Materna del Grupo de los 8”*.
- e) Respecto de las preocupaciones expresadas por organismos de vigilancia de tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia debido a la penalización absoluta del aborto en nuestro país antes de la sentencia C-355 de 2006^[2] -que fueron mencionadas en la sentencia T-585 de 2010- *“(…) el Procurador General de la Nación debe reiterar que estas recomendaciones no permiten inferir que la despenalización del aborto en circunstancias excepcionales (...) lleve al reconocimiento del llamado derecho fundamental al aborto o del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo”*. En otras palabras, no es cierto que *“(…) exista recomendación alguna de los organismos internacionales ni norma alguna de tratados internacionales de derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad en donde se establezca (...) el derecho al aborto o el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo”*. También indica que estas recomendaciones no hacen parte de bloque de constitucionalidad.
- (xiv) En relación con la recomendación número 19 del Comité de Derechos Humanos de la Naciones Unidas del 4 de agosto de 2010 -mencionada en la sentencia T-585 de 2010-precisa que *“(…) le solicitó a la Directora de Derechos Humanos y de Derecho Internacional de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores el 1° de septiembre de 2010 se le hiciera saber al Comité de Derechos Humanos que el Estado Colombiano no acepta la recomendación No. 19, en tanto que en ésta se hacen valoraciones, referencias, señalamientos y se formulan conclusiones que no corresponden a la realidad”*. Añade que *“(…) este Informe se profirió con posterioridad tanto de los hechos que dieron lugar a la Sentencia T- 585 de 2010 como a la misma fecha en que fue proferida esta decisión”*.

Tercera causal de nulidad: *“Violación al derecho fundamental al debido proceso por extralimitación de funciones de la Sala Octava de Revisión al proferir la sentencia T-585 de 2010 e invadir competencias de otros órganos del Estado, con lo cual también desconoció la cosa juzgada de la sentencia C-355 de 2006”*.

La tercera causal de nulidad alegada por el Procurador contra la sentencia T-585 de 2010 se fundamenta en tres tipos de argumentos.

Los primeros dirigidos a atacar el pronunciamiento que se hizo en la sentencia T-585 de 2010 sobre los efectos de la suspensión provisional del Decreto 4444 de 2006 y sobre la vigencia del Acuerdo 350 de 2006 del Consejo Nacional de Seguridad Social y de la Circular Externa 058 de 2009 de la Superintendencia Nacional de Salud. Son los siguientes:

- (i) Indica que *“(…) mientras con que mucha prudencia la Sala Plena de la Corte Constitucional reconoció en el Auto 283 de 2010 que el cumplimiento de algunas de las órdenes proferidas en la sentencia de tutela [T-388 de 2009 y su eficacia] puede[n] verse afectada[s] por la suspensión de que fue objeto el decreto 4444 de 2006 (...) en la Sentencia T-585 de 2010, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional se abrogó la facultad de establecer los efectos de una decisión autónoma, legítima y ejecutoriada de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por medio de la cual se suspendió provisionalmente el Decreto 4444 de 2006 (...)”*.

- (ii) El Procurador cuestiona también el pronunciamiento hecho respecto de la ausencia de efectos de la suspensión provisional del decreto 4444 de 2006 en la fuerza vinculante del Acuerdo 350 de 2006 del Consejo Nacional de Seguridad Social y de la Circular Externa 058 de 2009 de la Superintendencia Nacional de Salud pues, en su sentir, la Sala Octava es incompetente para hacerlo. Agrega que el único fundamento legal de estos actos administrativos es el decreto suspendido provisionalmente por lo que se *“reconoce validez jurídica a normas que han sido expedidas con base en el decreto suspendido”* y anota que estas entidades *“no tienen competencia legal o constitucional para reglamentar directamente la Constitución Política y mucho menos para reglamentar instrumentos internacionales”*.

El segundo grupo de argumentos tiene la finalidad de atacar la obligación referida al protocolo de diagnóstico, impuesta a entidades públicas y privadas en la sentencia T-585 de 2010. Son los siguientes:

- (iii) Señala que en la sentencia T-585 de 2010, a partir del reconocimiento de la IVE como derecho fundamental, *“sederivaron una serie de obligaciones para entidades públicas y privadas que no se derivan de la Sentencia C-355 de 2006, ni de la Constitución, ni de Ley y cuyo único fundamento podría ser un Decreto del Ministerio de la Protección Social que había servido como fundamento y marco legal a sentencias de tutela anteriores de la Sala Octava de Revisión y de otras Salas de Revisión de la Corte Constitucional (Sentencias T-209 de 2008, T-946 de 2008, T-388 de 2009), pero que fue suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado en Auto del 15 de octubre del año 2009 (...)”*.

Explica que en la sentencia T-585 de 2010 se reiteraron y ampliaron *“(...) las órdenes dadas en la Sentencia T-388 de 2009 (...) cuyo único fundamento legal podía encontrarse en el Decreto 4444 de 2006, a pesar de su suspensión por parte del Consejo de Estado, lo que equivale a hacer caso omiso o dejar completamente sin efectos esa decisión del Consejo de Estado y a abrogarse competencias que ese Alto Tribunal ni siquiera le reconoció o admitió al Ejecutivo”*.

- (iv) A su juicio, *“(...) con todas las obligaciones que la Sala Octava de Revisión ha querido derivar del inexistente derecho fundamental al aborto o derecho a la interrupción voluntaria del embarazo (...) ha contrariado también lo dispuesto en la Sentencia C-355 de 2006 en el sentido de que esa decisión de constitucionalidad no necesitaba reglamentación y de que las entidades administrativas podían adoptar las decisiones de su competencia de manera autónoma”*.
- (v) Estima que al *“disponer caprichosamente que este supuesto derecho [la IVE] incluye una faceta de diagnóstico previo (...)”* se reglamentó uno de los requisitos dispuestos en la sentencia C-355 de 2006. Ello, en su sentir, usurpa *“la función y las competencias del Legislador”* porque se fija *“la naturaleza del aborto en esos casos”* y se imponen *“obligaciones a entidades públicas y privadas, organismos de control”*.
- (vi) Recuerda que, en la sentencia T-585 de 2010, se dictaron órdenes a *“(...) la Superintendencia Nacional de Salud y, a través suyo, a todas las EPS, IPS y entidades prestadoras de servicios de salud privadas y públicas, laicas y confesionales, aunque éstas no hacían parte del proceso de tutela en cuestión y jamás han tenido la oportunidad de sentar su postura sobre las órdenes y obligaciones que progresivamente les ha ido imponiendo la Sala Octava de Revisión”*.

(vii) Ataca las órdenes dadas en la sentencia T-585 de 2010 por que la Sala Octava las emitió “(...) *sin molestar, si quiera, en declarar un estado de cosas inconstitucional o en probar que se cumplen con los requisitos exigidos para poder dar a sus sentencias un efecto inter comunis (...)*”.

El último grupo de argumentos ataca el juicio hecho en la sentencia T-585 de 2010 a la conducta del demandado y del juez de instancia de la siguiente forma:

(viii) Considera el solicitante que se juzgó “(...) *subjetiva e injustamente el actuar de los médicos que atendieron el caso (...)*”.

(ix) Agrega que lo mismo sucedió con el juez de tutela “(...) *quien —en ejercicio legítimo de su autonomía y adecuándose a la Constitución y la jurisprudencia— buscó definir pronta y objetivamente si el embarazo de la accionante ponía en riesgo su vida (acudiendo para ellos a los profesionales competentes) y realizó una ponderación entre los deseos de la mujer y el bien jurídico de la vida*”. Ello, a su juicio, se hizo “(...) *restringiendo y soslayando cada vez más la autonomía de los jueces de tutela por vía de Sentencias de Revisión (...)*”.

Peticiones

Al finalizar su escrito el Procurador solicita a la Sala Plena:

- (i) Decretar la nulidad de la sentencia T-585 de 2010.
- (ii) Que “*se ajusten las decisiones adoptadas en la parte motiva y resolutive de la Sentencia, mediante la adopción de nuevas resoluciones que sean respetuosas del orden constitucional y legal, así como de la jurisprudencia constitucional*”.
- (iii) Que “*reconociendo el alcance de la suspensión provisional y la consecuente pérdida de fuerza ejecutoria del Decreto 4444 de 2008, solicito a la Sala Plena de esta Corporación que se abstenga de reproducir o fundamentar decisión alguna en la mencionada norma suspendida o cualquiera otra que la reglamente, dando así cumplimiento a lo dispuesto en el Auto de 15 de octubre de 2009 de la Sección Primera del Consejo de Estado*”.

4. Intervenciones

Por medio de auto del siete (7) de septiembre de 2011 el despacho del magistrado sustanciador corrió traslado de la solicitud de nulidad de la referencia a las partes demandante y demandada en el proceso de tutela T-2.597.513. El veintitrés (23) de septiembre del mismo año se recibió informe de la Secretaría de esta Corporación en el que comunica que, dentro del término otorgado, se recibió la intervención del hospital demandado. La señora AA no envió escrito alguno en el plazo concedido.

Intervención del Hospital Departamental de Villavicencio

El Hospital Departamental de Villavicencio solicitó “*que se acepten los argumentos del señor Procurador General, específicamente en lo que tiene que ver con la presunta negligencia del Hospital, y en general, con la conclusiones y fuertes prevenciones hechas a nuestra Institución, ya que como está demostrado (...) a través de sus médicos, fue diligente, apegado a la Ley (...)*”. En consecuencia presenta argumentos

que dirigidos a argumentar que *“nunca el Hospital omitió cumplir con sus funciones, nunca amenazó algún derecho fundamental de la accionante, nunca fue negligente (...)”*.

Intervención de Mónica del Pilar Roa López, directora de programas de Women’s Link Worldwide

El veinticuatro (24) de marzo de 2011 Mónica del Pilar Roa López, directora de programas de Women’s Link Worldwide, presentó escrito de oposición a la solicitud de nulidad impetrada por el Procurador contra la sentencia T-585 de 2010.

Como primer punto explica que, según la jurisprudencia constitucional, *“la solicitud de nulidad no puede ser encaminada a revivir el debate procesal; es decir, no es una oportunidad o recurso adicional para reexaminar controversias debatidas y decididas por el juez constitucional, ni para reabrir el debate probatorio hecho por la Sala que emitió el fallo respectivo”*. Ello significa, en su entender, que *“(...) no es dable, por principio, reabrir el debate probatorio, cuestionar la valoración de las pruebas hecha por el juez constitucional, ni mucho menos atacar la legalidad de una sentencia trayendo aclaraciones de las pruebas, ni intentando controvertir las pruebas por fuera de la oportunidad procesal prevista para ello”*.

A juicio de la interviniente, en este caso, *“el documento [de nulidad] se basa en la controversia de los hechos sentados por la Honorable Corte y por tanto, se trata de una crítica a la valoración probatoria que hizo el juez de tutela”*. En otras palabras, indica, se *“utiliza [la solicitud de nulidad] como un recurso para reabrir la controversia que fue puesta a consideración de la jurisdicción” “simplemente porque no está de acuerdo con la forma como han sido decididas”*. Para sustentar lo anterior, la interviniente presenta dos ejemplos (i) la aclaración de la remisión hecha por la médica a la señora AA, la cual anexa el Procurador a la solicitud de nulidad, y (ii) la afirmación, hecha por el solicitante en el escrito de nulidad, según la cual no existen pruebas documentales de que la accionante haya solicitado la IVE. Sobre esto último, asegura que *“(...) el Procurador desconoce (...) la sentencia C-355 de 2006, que estableció unos requisitos taxativos para que las mujeres pudieran acceder a la IVE, entre los que no figura la solicitud por escrito del servicio”*.

Agrega que *“este indebido uso de la solicitud de nulidad ya había sido desplegado por el propio Procurador frente a la sentencia T-388 de 2009, solicitud que fue denegada por la Sala Plena de la Corte Constitucional mediante Auto 283 de 2010, en el cual se previno a este funcionario de hacer uso indebido de las peticiones de nulidad de las sentencias de tutela, en los siguientes términos: (...) Previene la Corte al Ministerio Público de utilizar el recurso de nulidad contra sentencias para reabrir un debate que fue objeto de reflexión en la decisión recurrida, pues excede el ámbito del recurso de nulidad este propósito”*. Señala también que este *“uso indebido (...) es una conducta reiterada por el Procurador General de la Nación, cuando se trata de sentencias de tutela que protegen los derechos de las mujeres a las que se les obstaculiza o niega el acceso a una IVE”*.

En segundo lugar, sobre la primera de las causales de nulidad planteadas por el Procurador, asegura que *“no demuestra (...) como la Sala se apartó del criterio de interpretación establecido sobre la declaración de la carencia actual de objeto en las acciones de tutela”*. Manifiesta que el solicitante *“(...) en realidad no aduce un desconocimiento de los criterios sentados sobre la carencia de objeto, a pesar de que así pretende presentarlo, sino que critica el análisis que hizo la Sala de Revisión para llegar a la conclusión de decidir en tal sentido”*. Como sustento de su afirmación cita nuevamente la afirmación, hecha por el solicitante en el escrito de nulidad, según la cual no existen pruebas documentales de que la accionante haya solicitado la IVE. Ante ello insiste en que *“(...) en la sentencia C-355 de 2006 (...) no se determinó que la IVE debiera solicitarse por escrito”*.

En tercer lugar se pronuncia sobre el argumento del solicitante de acuerdo con el cual la orden dada en la sentencia T-585 de 2010 a las EPS e IPS de contar con un protocolo de diagnóstico en el caso de la IVE “constituye una aplicación retroactiva de las decisiones judiciales”. Al respecto, asevera que “esta afirmación desconoce de tajo (...) que la Corte Constitucional ha reiterado en su jurisprudencia que parte del núcleo esencial del derecho a la salud, es el derecho al diagnóstico (...) y por contrapartida, olvida el Procurador, que las entidades aseguradoras y prestadoras del servicio están en la obligación de garantizar el derecho al diagnóstico”. Así, considera, “lo que hizo la Sala en esta ocasión fue aplicar la jurisprudencia reiterada sobre el derecho al diagnóstico en materia de salud, en un caso concreto sobre la prestación del servicio de interrupción voluntaria del embarazo”.

Concluye entonces que “(...) carece de todo sustento la acusación del Procurador sobre una supuesta aplicación retroactiva de una nueva regla constitucional a las instituciones del sistema de salud. Las reglas constitucionales sobre la atención en salud que incluyen la obligación de diagnóstico y sobre la autonomía de la paciente para tomar decisiones en cuento a la elección de tratamientos a seguir mediante el consentimiento informado, han sido continuamente reiteradas por la Corte Constitucional y de ninguna manera pueden considerarse nuevas (...) Por el contrario es una práctica evidentemente discriminatoria el que un hombre o mujer acuda al sistema de salud por una afección de cualquier tipo no derivada de un embarazo y tenga derecho a recibir en virtud del derecho a la salud, atención integral que incluya una fase de diagnóstico, pero una mujer que considera que las afectaciones de su salud derivan del embarazo, no tenga derecho a una atención integral y respetuosa de sus derechos, simplemente porque uno de los posibles tratamientos sería la interrupción voluntaria del embarazo”.

Se pregunta si *¿Pretende entonces el Procurador que por cada afección de la salud que se presente en las y los colombianos, deba existir un pronunciamiento que garantice el derecho a la salud integral y a la fase esencial de diagnóstico? ¿Puede creerse en sana lógica que una institución prestadora de salud de su paciente, que éste/a no tiene derecho a una atención integral que incluya la fase de diagnóstico, sólo porque la jurisprudencia no lo había dicho para un servicio de salud en concreto?¿*

En cuarto lugar sostiene que “la sentencia T-585 de 2010 reiteró lo dispuesto por la sentencia C-355 de 2006”. Indica que esta sentencia de constitucionalidad estableció que (i) “los derechos sexuales y reproductivos son derechos humanos”, (ii) “el derecho a la salud es un derecho integral que incluye el concepto de salud mental y física [y] (...) también tiene el carácter de derecho de defensa frente a injerencias estatales o de terceros que lo amenacen o vulneren (...)”, (iii) “una mujer puede optar por la interrupción voluntaria del embarazo en tres eventos”, (iv) “para optar por una interrupción en los tres casos señalados, sólo se requiere un requisito por causal (...)” y que la sentencia C-355 de 2006 tiene “vigencia inmediata” ya que “no (...) requiere de desarrollo legal o reglamentario”.

Arguye que “la sentencia T-585 de 2010 constituye la aplicación de estas reglas a un caso concreto: el de una mujer que, sintiéndose afectada en las dimensiones física y psicológica de su salud, como consecuencia del embarazo (...) solicita atención de una entidad de salud y de sus profesionales, y éstos en lugar de otorgarle la atención integral que les corresponde, desconocen el derecho al diagnóstico de la paciente, y le niegan de plano el ejercicio de su derecho a optar por una interrupción de su embarazo conforme a la sentencia C-355 de 2006 (...) Para que le fuera practicada la IVE (...) se requería un certificado de riesgo para su salud o su vida, y es en atención a la afectación a la salud que AA se acercó al sistema de salud. Ella no tenía un certificado de afectación a su salud, porque precisamente esperaba que el sistema le diera atención integral, incluyendo la fase de diagnóstico y tratamiento. De ninguna manera puede decirse con base en la sentencia C-355 de 2006, que estaba obligada a llevar un certificado expedido por un/a tercero/a a los profesionales de salud donde solicitó ser atendida, por el contrario, ella

tenía derecho a que el Hospital demandado, realizara el diagnóstico de su estado de salud en forma integral”.

En quinto lugar, frente a la acusación hecha por el Procurador a la Sala Octava de Revisión consistente en *“encubrir la comisión de delitos por parte de la accionante”*, expresa que se ignora *“el principio de presunción de inocencia”*, que *“no puede excusarse el Procurador en el ejercicio de su función para hacer pasar por delincuente a una mujer que fue víctima de los obstáculos que se imponen en el sistema de salud (...)”* y que *“(...) es el Procurador General quien vulnera el debido proceso de la accionante, pues afirma que ella habría incurrido en el delito de aborto con base en la respuesta a la pregunta hecha por el Despacho del Magistrado Ponente, según la cual no habría continuado con el embarazo. Así mismo, la acusa del delito de fraude a resolución judicial, porque la no continuación del embarazo habría desconocido una sentencia que (...) no constituye un requisito para acceder a una IVE, en cuanto la sentencia de constitucionalidad no estableció como requisito la autorización judicial”.*

En sexto lugar manifiesta que *“teniendo en cuenta que los jueces están obligados a fallar de acuerdo con la Constitución y la ley (...) cae de su peso la acusación del Procurador según la cual la Sala Octava de Revisión habría incurrido en una extralimitación de funciones por hacer consideraciones sobre el marco legal relacionado con la IVE, precisamente en un caso en que se tenía que resolver un caso de amparo por la obstaculización y legalización de este servicio (...) Constituye un argumento ad absurdum que el Procurador pretenda que en un caso en que se plantea una controversia concreta sobre la interrupción voluntaria del embarazo, el juez constitucional no pueda nombrar, ni mucho menos analizar las implicaciones de la legislación y actos administrativos existentes y relacionados con la materia, para proceder a solucionar el caso”.*

Explica que *“la Sala Octava de Revisión se refirió en efecto a la suspensión del Decreto 4444 de 2006, no para hacer anotaciones en torno a la legalidad o constitucionalidad de este acto administrativo (...) sino para determinar la implicaciones que una medida provisional, que se recuerda no tiene efectos de cosa juzgada ni decide de fondo sobre el asunto, tenía sobre la efectividad de la sentencia C-355 de 2006 y los derechos de las mujeres y niñas colombianas que deciden optar por una IVE en los casos señalados en la sentencia”.* En cuanto a las consideraciones sobre el Acuerdo 350 de 2006 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y la Circular Externa 058 de 2009 de la Superintendencia Nacional de Salud, indica que *“la Sala Octava de Revisión se refiere a dichas normas, que se recuerda no han sido anuladas, para resolver un caso concreto; ¿tiene algún asidero el que un juez ni pueda ni siquiera nombrar la normatividad existente en la materia a resolver?”.*

En consecuencia solicita a la Sala Plena *“rechazar o negar la petición de nulidad presentada por el señor Procurador (...)”.*

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Sala Plena de la Corte Constitucional es competente para conocer de la solicitud de nulidad formulada en el presente caso, según lo dispuesto en el artículo 49 del Decreto 2067 de 1991.

2. Jurisprudencia sobre la nulidad de las sentencias proferidas por las Salas de Revisión de la Corte Constitucional. Reiteración de jurisprudencia.

El artículo 49 del Decreto 2067 de 1991 prevé que “*contra las sentencias de la Corte Constitucional no procede recurso alguno*” y que las nulidades de los procesos ante la Corte sólo podrán alegarse antes de proferido el fallo, “*únicamente por violación al debido proceso*”. Sin embargo, cuando la irregularidad alegada nace de la misma sentencia, esta Corporación ha admitido la posibilidad de solicitar la nulidad de una sentencia con posterioridad a su emisión en los eventos en los cuales se constate una afectación al debido proceso^[3] bien sea de oficio^[4] o a solicitud de parte interesada.

No obstante lo anterior, la posibilidad de proponer un incidente de nulidad contra una sentencia proferida por la Corte Constitucional es excepcional, ya que no implica reconocer que existe “*un recurso contra esta clase de providencias*”, ni mucho menos una nueva oportunidad para reabrir el debate o examinar controversias que ya han sido definidas^[5], en esa medida, quien solicite la nulidad de un fallo de tutela proferido por una sala de revisión debe dar cumplimiento de una exigente carga argumentativa, en el sentido de explicar de manera clara y expresa la violación del debido proceso y su incidencia en la adopción adoptada.

Precisamente, por razones de seguridad jurídica y de garantía en la certeza del derecho, la declaratoria de nulidad de una sentencia de esta Corporación tiene características muy particulares, en virtud a que “*se trata de situaciones jurídicas especialísimas y excepcionales, que tan sólo pueden provocar la nulidad del proceso cuando los fundamentos expuestos por quien la alega muestran, de manera indudable y cierta que las reglas procesales aplicables a los procesos constitucionales, que no son otras que las previstas en los decretos 2067 y 2591 de 1991, han sido quebrantadas, con notoria y flagrante vulneración del debido proceso. Ella tiene que ser significativa y trascendental en cuanto a la decisión adoptada, es decir, debe tener unas repercusiones sustanciales, para que la petición de nulidad pueda prosperar” (subrayado fuera de texto)”^[6].*

Por lo anterior la jurisprudencia de esta Corporación ha manifestado que quien acude en solicitud de nulidad de una sentencia proferida por una sala de revisión, debe acreditar el cumplimiento de unos requisitos de procedibilidad, además de invocar y sustentar la violación al debido proceso la cual puede residir en las causales de procedencia de nulidad de las sentencias que han sido señaladas por la jurisprudencia constitucional.

2.1. Presupuestos formales

La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado como requisitos de procedibilidad de la solicitud de nulidad de las sentencias proferidas por las Salas de Revisión de tutelas, los siguientes^[7]:

- (i) Que el incidente de nulidad se proponga de manera oportuna, esto es, dentro de los tres (3) días contados a partir de la notificación de la sentencia^[8]. Si la nulidad tiene origen en un vicio anterior al fallo “*sólo podrá ser alegada antes de proferido el fallo*” (Art. 49 Decreto 2067 de 1991); de lo contrario, quienes hayan intervenido durante el trámite de la acción pierden, a partir de ese momento, toda legitimidad para invocarla^[9]. De la misma forma, vencido en silencio el término de ejecutoria cualquier eventual nulidad queda automáticamente saneada^[10].
- (ii) Quien proponga el incidente de nulidad debe contar con legitimación activa para tal efecto, esto es, debe ser incoado por quien haya sido parte en el trámite del amparo constitucional o por un tercero que resulte afectado por las órdenes proferidas en sede de revisión, y,

- (iii) Quien alega la existencia de una nulidad debe cumplir con una exigente carga argumentativa, en el sentido de explicar de forma clara y expresa la violación al debido proceso y la incidencia en la decisión proferida. Lo expuesto, significa que no es suficiente el expresar razones o interpretaciones diferentes a las de la Sala que obedezcan al disgusto o inconformismo del solicitante con la decisión adoptada.

2.2. Presupuestos materiales

Adicionalmente a los requisitos formales de admisibilidad de las solicitudes de nulidad, también se han dispuesto determinadas condiciones y limitaciones a los argumentos que sean utilizados para sustentar los cargos en contra de la sentencia respectiva, los cuales adquieren una índole cualificada, pues con los mismos debe demostrarse que la afectación al debido proceso por parte de la Sala de Revisión es **“ostensible, probada, significativa y trascendental, es decir, que tenga repercusiones sustanciales y directas en la decisión o en sus efectos (Subraya la Corte)”**^[11].

Con base en estas circunstancias, la jurisprudencia ha identificado algunos casos en que la vulneración reúne esas características^[12], así:

- (i) Cuando una sala de revisión, se aparta del criterio de interpretación o la posición jurisprudencial fijada por la Sala Plena frente a una misma situación jurídica, debido a que, el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, establece que los cambios de jurisprudencia deberán ser decididos por la Sala Plena de la Corte.
- (ii) Cuando las decisiones no sean adoptadas por las mayorías legalmente establecidas. Esto ocurre, en los casos en que se dicta sentencia sin que haya sido aprobada por las mayorías exigidas en el Decreto 2067 de 1991, el Acuerdo No. 05 de octubre 15 de 1992 y la Ley 270 de 1996.
- (iii) Cuando se presente una incongruencia entre la parte motiva y la resolutive de la sentencia, la cual genere incertidumbre respecto del alcance de la decisión proferida. Un ejemplo de ello son las decisiones anfibológicas o ininteligibles, las contradictorias o las que carecen totalmente de fundamentación en la parte motiva. Es importante precisar que los criterios utilizados para la adecuación de la sentencia, tanto de redacción, como de argumentación, no configuran violación al debido proceso. En este orden, ha manifestado la Corte que el estilo de las sentencias en cuanto puedan ser más o menos extensas en el desarrollo de la argumentación no incide en nada para una presunta nulidad.
- (iv) Cuando en la parte resolutive de la sentencia se profieran órdenes a particulares que no fueron vinculados al proceso y que no tuvieron la oportunidad procesal para intervenir en su defensa, y,
- (v) Cuando la Sala de Revisión desconoce la existencia de la cosa juzgada constitucional respecto de cierto asunto, caso en el cual lo que se presenta de parte de ésta es una extralimitación en el ejercicio de las competencias que le son atribuidas por la Constitución y la ley.
- (vi) Cuando *“la omisión del examen de ciertos argumentos y pretensiones de la demanda, o de defensas propuestas por la parte accionada, llegue a configurar violación al debido proceso, si de haber sido analizados esos puntos se hubiese llegado a una decisión o trámite distintos, o si*

por la importancia que revestía en términos constitucionales para la protección de derechos fundamentales, su estudio no podía dejarse de lado por la respectiva Sala^[13].

Así, la nulidad tiene naturaleza excepcional y está sometida a estrictos requisitos materiales de procedencia, los cuales versan sobre la acreditación suficiente de circunstancias ostensibles y trascendentales que afecten de manera cierta el derecho al debido proceso^[14]. Por tanto, cualquier inconformidad con la interpretación realizada por esta Corporación, con la valoración probatoria o con los criterios argumentativos que apoyan la sentencia no constituyen fundamentos suficientes para solicitar su nulidad pues esta clase de situaciones no implican la vulneración del debido proceso, sino que constituyen meras apreciaciones “*connaturales al desacuerdo e inconformismo del solicitante con la decisión*”^[15].

3. La legitimación activa de la Procuraduría General de la Nación para interponer incidentes de nulidad contra las sentencias dictadas por las Salas de Revisión de la Corte Constitucional. Reiteración de jurisprudencia.

Como se adelantó, para la interposición de incidentes de nulidad en contra de una sentencia emitida por una Sala de Revisión, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado la existencia del requisito de legitimación por activa. En este sentido ha entendido que podrán interponer el incidente de nulidad quienes hayan sido partes del proceso de tutela o quienes hayan tenido la calidad de terceros afectados en un derecho por las órdenes proferidas en la parte resolutive de una sentencia^[16].

Es por ello que en el auto 283 de 2010 esta Sala determinó que “*las exigencias de limitación del incidente de nulidad excluyen la posibilidad de que éste sea interpuesto por entidades públicas que no sean partes del proceso o que no vean afectada su posición jurídica con la sentencia*”. No obstante este análisis es diverso en el caso de la Procuraduría General de la Nación.

Lo anterior porque, como se indicó en los autos 282 y 283 de 2010, dentro de las potestades de la Procuraduría General de la Nación como parte del Ministerio Público, contempladas en el artículo 277 de la Constitución, se encuentra la facultad de intervención ante las autoridades judiciales, lo que comprende la interposición de incidentes de nulidad contra sentencias dictadas por la Salas de Revisión de la Corte Constitucional^[17].

Para llegar a tal conclusión, en los autos referidos se explicó que esta facultad de intervención del Procurador ante las autoridades judiciales se desarrolla a través de dos esferas complementarias: la subjetiva y la objetiva.

La esfera subjetiva incluye la intervención en los conflictos individuales o particulares. Su fundamento se encuentra, en primer lugar, en el numeral 1 del mencionado artículo constitucional, que dispuso que la Procuraduría General de la Nación tiene la función de “*(...) Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos (...)*”. En segundo lugar en el numeral 2 ídem que le asigna “*(...) Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con auxilio del Defensor del Pueblo*”; efectividad que, en caso de transgresión, puede alcanzarse a través de las acciones judiciales pertinentes. Y en tercer lugar, en el numeral 7 de dicha disposición que establece que el Ministerio Público deberá intervenir en los procesos, ante las autoridades judiciales, “*(...) cuando sea necesario en defensa (...) de los derechos y garantías fundamentales*”.

La esfera objetiva comprende la guarda del interés público. Su fundamento reside, además de lo establecido en el numeral 1º anteriormente citado, en el numeral 7 que contempla el deber la Procuraduría General de la Nación de intervenir en los procesos ante las autoridades judiciales “(...) cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público (...)”. Por lo tanto, además de su intervención en asuntos subjetivos particulares cuando se amenace o transgredan derechos fundamentales, la Procuraduría General de la Nación tiene el deber de velar por el cumplimiento de uno de los intereses colectivos más fundamentales: el respeto al ordenamiento jurídico, que comprende la legalidad de las decisiones jurisdiccionales.

Explicado lo anterior, los autos 282 y 283 de 2010 señalaron que tanto la esfera subjetiva como la objetiva soportan la legitimidad de la Procuraduría General de la Nación para promover incidentes de nulidad contra las sentencias proferidas por las Salas de Revisión de esta Corte.

Así, en cuanto a la esfera subjetiva, de una lectura literal del numeral 7 mencionado, se desprende la potestad de la Procuraduría General de la Nación para intervenir incluso ante la Corte Constitucional pues en él se incluye a todas las autoridades judiciales, sin importar su jerarquía, si se trata de cuerpos colegiados, o si el efecto de las sentencias es erga omnes o inter partes. Por lo demás, allí tampoco se reduce la facultad de intervención a determinada acción o recurso, ya que se establece dicha potestad en los procesos en que puedan verse afectados los derechos fundamentales de las personas. Esto incluye entonces las posibles transgresiones al debido proceso, derecho fundamental que se protege, por ejemplo, mediante incidentes de nulidad.

En lo relativo a la esfera objetiva, es pertinente recalcar que las causales de nulidad que la Corte Constitucional ha admitido frente a las sentencias de tutela, versan principalmente sobre el debido proceso, el derecho de defensa (indebida notificación) o el irrespeto a la jurisprudencia (igualdad). Detrás de todas ellas se encuentra la guarda del orden jurídico, piedra angular del Estado Social de Derecho.

Finalmente, la Corte consideró que no existe, *prima facie*, un límite a las acciones o incidentes que la Procuraduría General pueda ejercer para desarrollar su facultad de intervención, por lo menos en lo que a la jurisdicción constitucional se refiere. En este sentido, el último inciso del artículo 277 de la Constitución expresa que “(...) para el cumplimiento de sus funciones la Procuraduría (...) podrá interponer las acciones que considere necesarias”. Desde una interpretación formal, esta norma sólo comprendería las acciones judiciales. Sin embargo, desde una hermenéutica sistemática, en concordancia con los numerales contemplados en el mencionado artículo, el término “acción” incluye tanto los diferentes recursos como los diversos incidentes. En este sentido, y para ilustrar lo anterior, basta indicar que el verbo del numeral 7 mencionado es *intervenir*, cosa que se hace en un proceso ya iniciado y en curso, donde operan los diferentes recursos e incidentes existentes dentro de cada trámite jurisdiccional.

Adicionalmente, la facultad de intervención encuentra sustento legal en el Decreto Ley 262 de 2000 “Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos”, en el que también se evidencia la doble esfera de la referida potestad, es decir, la subjetiva y objetiva.

El artículo 7 de este Decreto contempla las funciones del Procurador General de la Nación, dentro de las cuales, específicamente en el numeral 12, se encuentra la facultad con que cuenta dicha autoridad pública para solicitarle a la Corte Constitucional la revisión de los fallos de tutela cuando lo considere necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de las garantías fundamentales. Como se observa, las primeras dos hacen referencia a la esfera objetiva, mientras que la última se circunscribe a conflictos de derechos fundamentales y sus ámbitos de protección, es decir, a la esfera subjetiva^[18].

Así mismo, el numeral 17 del mentado artículo establece la competencia del Procurador para intervenir ante cualquier autoridad judicial cuando la naturaleza o la importancia del asunto así lo requieran^[19]. Esto conlleva a que el sustento jurídico para ejercer esta facultad no se reduzca a un momento procesal específico o a una causal determinada, pues es eminentemente discrecional, que no arbitrario. Finalmente, estas funciones pueden ser desarrolladas directamente por el Procurador General de la Nación o por quien él delegue, posibilidad que la Corte Constitucional encontró ejecutable mediante sentencia C-429 de 2001, cuando analizó la constitucionalidad del artículo mencionado.

El Decreto 262 de 2000 desarrolla, a modo de enunciación – a partir del artículo 23 -, las funciones de las procuradurías delegadas, entre ellas las de “(...) *protección y defensa de los derechos humanos y de intervención ante las autoridades administrativas y judiciales (...)*”. En este orden de ideas, el parágrafo del artículo 28 consagra la potestad para intervenir en el trámite especial de tutela ante cualquier autoridad, en defensa del orden jurídico (cosa que se pretende mediante la instauración de incidentes de nulidad), del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales, incluidos los de segunda y tercera generación^[20].

Posteriormente, en los artículos subsiguientes al 28, el Decreto efectúa una lista enumerativa, pero no cerrada, de las acciones que pueden ejercer los procuradores delegados para llevar a cabo tales intervenciones. En todas ellas, existe un numeral donde se establece “(...) *Las demás que les asigne o delegue el Procurador General*”. Así, por ejemplo, tratando de las funciones de intervención judicial en procesos contenciosos, el numeral 11 contempla tal frase. De igual modo, en el artículo 31, que trata sobre intervenciones en procesos civiles y agrarios, o en el artículo 33, que desarrolla la intervención en procesos laborales, se evidencia el mismo texto. Esta facultad debe ser entendida de forma amplia, que no arbitraria, pues busca proteger el orden jurídico o los derechos fundamentales de las personas.

Concluyó entonces la Sala que no existe ningún fundamento normativo del que pueda desprenderse impedimento alguno, legal o constitucional, para que la Procuraduría instaure incidentes de nulidad contra sentencias de tutela. De hecho, sucede todo lo contrario y tanto el legislador extraordinario como el constituyente decidieron darle amplias facultades para defender el orden jurídico, el patrimonio público o los derechos fundamentales, haciendo uso de las acciones, recursos e incidentes existentes en el ordenamiento jurídico. En este sentido lo anterior no es contrario al principio de legalidad, según el cual las autoridades públicas sólo pueden actuar con fundamento en una norma jurídica que les de competencia para ello, pues las causales indicadas que sustentan ambas esferas reseñadas y entre las que se encuentra la guarda del orden jurídico y el amparo de los derechos fundamentales, buscan evitar el uso abusivo de la facultad de intervención.

Por lo mismo, recalcó la Sala, la Procuraduría General de la Nación deberá sustentar sus actuaciones indicando claramente si interviene en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o en defensa de los derechos fundamentales, evitando así que abuse de dicha potestad para guardar otros intereses.

4. Término de la Procuraduría General de la Nación para promover incidentes de nulidad

Como se expresó, uno de los requisitos formales de procedencia de la solicitud de nulidad es que el incidente se proponga de manera oportuna, esto es, *“antes de proferido el fallo”* (artículo 49 Decreto 2067 de 1991) si la nulidad tiene su origen con anterioridad al mismo o dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la sentencia cuando la nulidad se produce por el fallo en sí mismo. De conformidad con los autos 282 y 283 de 2010, estos mismos términos deben ser respetados por la Procuraduría General de la Nación.

Sin embargo, resta por determinar cuál es el término del que goza esta entidad para solicitar la nulidad de las sentencias proferidas por las Salas de Revisión *cuando no le son notificadas debido a que en su parte resolutive no se le da orden alguna*, como sucede en el asunto de la referencia. En efecto, los autos 282 y 283 de 2010 no dieron respuesta al problema indicado pues en ambos casos la sentencia de revisión le fue notificada a esta entidad.

La Sala estima que el punto de partida para solucionar el interrogante planteado es la consideración de que, aún en estos casos, es absolutamente necesario indicar un término perentorio para plantear el incidente de nulidad pues la falta del mismo atentaría gravemente contra los principios de cosa juzgada, seguridad jurídica y certeza del derecho en las sentencias de revisión. Además violaría los derechos fundamentales de las personas involucradas en el proceso de tutela, especialmente el derecho al acceso a la justicia que garantiza no sólo la posibilidad de activar el sistema judicial sino también obtener una solución *definitiva* a los conflictos jurídicos. En efecto, si no se fijara este término, los fallos proferidos por las Salas de Revisión de esta Corte no cobrarían firmeza con su ejecutoria pues quedarían eternamente sometidos a la posibilidad de que la Procuraduría solicitara su nulidad cuando se enterara de su existencia por cualquier medio distinto a la notificación.

Advertida tal necesidad, la Sala considera que se debe acudir a la denominada notificación por conducta concluyente regulada por el artículo 330 del Código de Procedimiento Civil que ya ha sido usada por esta Corporación para determinar, en ausencia de notificación personal, la satisfacción del requisito de oportunidad en las solicitudes de nulidad presentadas contras las sentencias dictadas por las Salas de Revisión de esta Corte^[21]. El artículo mencionado prescribe:

“Artículo 330. Notificación por conducta concluyente. Cuando una parte o un tercero manifieste que conoce determinada providencia o la mencione en escrito que lleve su firma, o verbalmente durante una audiencia o diligencia, si queda constancia en el acta, se considerará notificada personalmente de dicha providencia en la fecha de presentación del escrito o de la audiencia o diligencia”.

Así, desde la notificación por conducta concluyente, es decir, a partir de la presentación de un escrito firmado o de la realización de una audiencia o diligencia en que se manifieste que se conoce la sentencia de revisión o se mencione la misma, la Procuraduría tendrá el plazo perentorio de tres días para iniciar el incidente de nulidad, lo que resulta apenas lógico pues en esta hipótesis se encuentra probado que la entidad sabe de la existencia de la decisión.

Ahora bien, lo anterior no basta para asegurar, en estos casos, la vigencia de los principios mencionados y de los derechos fundamentales de las personas involucradas en el proceso de tutela pues puede suceder que la notificación de la Procuraduría por conducta concluyente se dé mucho tiempo después de ejecutoriado el fallo, razón por la cual la Sala considera que es necesario fijar también un

término *máximo*. Así, una vez ejecutoriada la sentencia, por haber transcurrido tres días desde la notificación de la decisión a las partes del proceso de tutela, la solicitud de nulidad proveniente de la Procuraduría será extemporánea, aunque la notificación por conducta concluyente demuestre que esta entidad conoció del fallo de revisión con posterioridad.

En opinión de la Sala, la solución descrita concilia de manera acertada el respeto por la facultad de intervención de la Procuraduría en los procesos de revisión y los principios de cosa juzgada, seguridad jurídica y certeza del derecho, además de los derechos fundamentales de las partes del proceso de tutela. Ello porque, aunque se le concede un plazo a la mencionada entidad para promover el incidente de nulidad, este no es indefinido, de forma tal que no se desconozcan los principios referidos y, sobretodo, no se someta a las personas involucradas a una eterna indefinición de sus conflictos jurídicos.

5. El alcance de la causal de nulidad de “desconocimiento de la jurisprudencia”. Reiteración de jurisprudencia.

Como se indicó, la causal de nulidad de cambio de jurisprudencia es la única expresamente señalada por las disposiciones que regulan los procedimientos ante la Corte Constitucional. En tal sentido, el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991 establece que todo cambio de jurisprudencia debe ser decidido por la Sala Plena; en consecuencia, si una de las Salas de Revisión se apropia de dicha función se extralimita en el ejercicio de sus competencias con violación del debido proceso.

Esta Corte, desde el auto 279 de 2010, unificó su jurisprudencia en el sentido de que esta causal se presenta únicamente cuando una sala de revisión se aparta del criterio de interpretación o la posición jurisprudencial fijada *por la Sala Plena* frente a una misma situación jurídica^[22] y no cuando una sala de revisión contradice la jurisprudencia consistente *de otras salas de revisión*.

Indicó que el sentido del artículo 34 del Decreto 2591 de 1991 al establecer que “*los cambios de jurisprudencia deberán ser decididos por la Sala Plena de la Corte*” es impedir que la jurisprudencia sentada por un órgano de la Corporación –la Sala Plena- termine siendo modificada por un órgano distinto –una sala de revisión-. Así, aseguró, resulta evidente que si ha sido la Sala Plena la que fijado un criterio de interpretación frente a una situación jurídica no puede variarlo una sala de revisión; sólo lo podrá hacer el mismo órgano que lo ha establecido. Explicó que es por ello que el tema ha sido tratado por la jurisprudencia constitucional bajo el concepto de competencia en el entendido de que cuando una sala de revisión “decide un cambio de jurisprudencia” viola el debido proceso por falta de competencia y, por ende, procede la nulidad de la sentencia. Como se ve, la razón de la anulación es la carencia de competencia y la consecuente violación del debido proceso. Recordó que el régimen excepcional de nulidades de las sentencias judiciales busca, precisamente, proteger el derecho al debido proceso.

Señaló la Corte que así debe ser entendido el artículo 34 del decreto 2591 de 1991, pues de otra forma no tendría razón de ser la posibilidad de que la Sala Plena expida sentencias de unificación -contenida en el artículo 54 A del Reglamento Interno de la Corte Constitucional-. Si la causal de nulidad de cambio de jurisprudencia se configurara también cuando una sala de revisión contradice la jurisprudencia consistente *de otras salas de revisión*, no habría nunca diferencia de posiciones entre las distintas salas de revisión frente a una misma situación jurídica, lo que plano excluye la necesidad de unificar. En otras palabras, dijo, son las sentencias de unificación –y no el incidente de nulidad-, el mecanismo que se ha previsto para que casos idénticos no sean resueltos en forma diversa por distintas salas de revisión de

la Corte, sin afectar al mismo tiempo la autonomía judicial de estas últimas que ha sido constantemente reivindicada por la jurisprudencia constitucional^[23].

Añadió que, por razones de seguridad jurídica y de garantía en la certeza del derecho, la declaratoria de nulidad de una sentencia de esta Corporación es excepcional^[24], por lo que no se puede convertir un incidente excepcional en un mecanismo de control a las sentencias expedidas en el trámite de revisión.

En conclusión, en el auto 279 de 2010, la Sala Plena restringió la causal de nulidad de cambio de jurisprudencia al desconocimiento por parte de una Sala de Revisión de la posición jurisprudencial de la Sala Plena.

Ahora bien, precisado lo anterior, es necesario explicar que la causal de “*desconocimiento de jurisprudencia*” puede ser comprendida de distintas maneras: (i) como desconocimiento de una sentencia cuya *ratio decidendi* coincide con el problema jurídico sobre el que versa la sentencia cuya nulidad se solicita; (ii) como una contradicción con cualquier sentencia anterior, bien sea en su *ratio decidendi* o en su *obiter dicta*^[25]; o (iii) como la posibilidad de la Sala Plena de obrar como una segunda instancia de lo decidido por la Sala de Revisión.

De las anteriores concepciones la única que se ajusta al real sentido de la causal en estudio es la primera, pues tanto la segunda como la tercera manera de concebir su alcance vulneran la autonomía y la independencia judiciales de las Salas de revisión de tutela^[26].

Como punto de partida, resulta indispensable que los jueces constitucionales, al proferir sus fallos, los motiven conforme a las directrices jurisprudenciales previamente establecidas, de manera tal que se genere una continuidad de los criterios desarrollados por esta Corporación. Esto implica que sus decisiones posteriores deben seguir los mismos postulados de los fallos precedentes y más aún si tienen supuestos fácticos similares. En esa medida, si lo que se pretende es proceder a un cambio de interpretación jurisprudencial que obligue a una nueva hermenéutica del sistema jurídico frente a hechos ya considerados, será la Sala Plena quien estará legitimada para establecer esa nueva manera de interpretación. De tal suerte que, la procedencia de la causal de cambio de jurisprudencia está limitada a aquellos casos en los cuales se demuestre que la Sala de Revisión modificó un precedente constitucional, creado a partir de la resolución de un caso concreto, y no frente a cualquier doctrina contenida en un fallo anterior proferido por la Sala Plena^[27].

El respeto a los precedentes constitucionales, entendidos como reglas judiciales emanadas de la interpretación de una norma superior para la solución de un caso concreto^[28], cumple funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de derecho legislado como el colombiano. Por ello, tal y como esta Corte lo ha señalado, todo tribunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas^[29], debido a (i) elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico; (ii) una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades^[30]; y (iii) en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. De allí que, si bien la Sala Plena puede, excepcionalmente, por razones de justicia material y adecuación de sus fallos a los cambios históricos y sociales, modificar un precedente constitucional, tal decisión le está vedada a las Salas de Revisión, so pena de incurrir en una causal de nulidad.

La Sala Plena de esta Corporación ha precisado el alcance de la causal de nulidad bajo estudio en los siguientes términos:

“En primer lugar, se debe estar ante una línea jurisprudencial establecida por la Corte, que constituya precedente obligatorio para las salas de revisión. Por tanto, debe concurrir para el caso concreto una jurisprudencia en vigor, esto es, (...) en el entendido de que las decisiones anteriores han dejado tras de sí un sustrato de interpretación judicial que permite inferir criterios mínimos de alguna manera reiterados por la Corte en cuanto al alcance de las normas constitucionales aplicables en lo relativo a la solución de controversias planteadas en los mismos términos (...).

El término jurisprudencia en vigor, de acuerdo con este entendimiento, corresponde al precedente constitucional fijado reiteradamente por la Corte, que en diversas decisiones trata problemas jurídicos análogos con presupuestos fácticos idénticos, frente a los cuales adopta de manera uniforme la misma regla de decisión. Sin embargo, tal necesidad de reiteración opera sin perjuicio del ejercicio de la autonomía interpretativa de la que es titular la Sala Plena de la Corte, la cual está facultada para modificar la jurisprudencia constitucional bajo la existencia de condiciones específicas, entre ellas (i) los cambios que el Constituyente introduzca en la normatividad; (ii) la evolución que vayan mostrando los hechos de la vida en sociedad y (iii) los nuevos enfoques que promueva el desarrollo del pensamiento jurídico”^[31].

Entonces, incurrirá en la causal de nulidad objeto de estudio el fallo de revisión que se aparte de la “jurisprudencia en vigor” sentada por la Corporación. Este concepto de jurisprudencia en vigor guarda íntima relación con el concepto de precedente al cual ya se ha hecho alusión, el cual ha sido definido bajo la siguiente perspectiva:

“26. En este sentido, y dada su importancia, surge, sin embargo, la siguiente inquietud a la hora de determinar un precedente: ¿Debe entenderse por precedente cualquier antecedente que se haya fijado en la materia, con anterioridad al caso en estudio? La respuesta a esta inquietud es negativa por varias razones. La primera, es que no todo lo que dice una sentencia es pertinente para la definición de un caso posterior, como se ha visto (vgr. la ratio es diferente al obiter dicta). La segunda, es que aunque se identifique adecuadamente la ratio decidendi de una sentencia, resulta perentorio establecer para su aplicabilidad, tanto en las sentencias de constitucionalidad como en las de tutela, qué es aquello que controla la sentencia, o sea cual es el contenido específico de la ratio. En otras palabras, si aplica tal ratio decidendi para la resolución del problema jurídico en estudio o no. En este sentido, en el análisis de un caso deben confluír los siguientes elementos para establecer hasta qué punto el precedente es relevante o no:

- i. En la ratio decidendi de la sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente.*
- ii. La ratio debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante.*
- iii. Los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente. En este*

sentido será razonable que “cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente.

Estos tres elementos hacen que una sentencia anterior sea vinculante y, en esa medida, que se constituya en un precedente aplicable a un caso concreto. De allí que se pueda definir el precedente aplicable, como aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla - prohibición, orden o autorización- determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes”^[32].

Conforme a lo expuesto, si se hace alusión a la causal de cambio de jurisprudencia para motivar la solicitud de impugnación de un fallo, será procedente sólo si el cambio consiste en la modificación de un precedente que se refiere a un problema jurídico concreto y no frente a cualquier argumento contenido en una decisión anterior que no fuera relevante para la decisión adoptada –*obiter dicta*-^[33]. De igual manera, le está vedado a la Sala Plena entrar a establecer, por vía del incidente de nulidad, como si se tratase de una segunda instancia, si una determinada Sala de Revisión acertó al momento de deducir un determinado postulado interpretativo del texto constitucional por cuanto se estaría violando el principio de autonomía judicial^[34] pues esta Corporación ha reconocido que cada sala de revisión puede ejercer “su autonomía interpretativa y desarrollar su pensamiento jurídico racional”, en cada una de las materias sometidas a su decisión, siempre y cuando, como antes se consignó, no se aparte de los precedentes sentados por la Sala Plena^[35].

No sobra advertir por último, que la exigente configuración de la causal de nulidad “*desconocimiento de la jurisprudencia*” no tiene ninguna incidencia en la fuerza vinculante y la obligatoriedad de los fallos de tutela proferidos por las distintas salas de revisión de esta Corporación. En efecto, tal como se ha sostenido a largo de esta providencia la casual en comento se restringe al desconocimiento de los precedentes sentados por la Sala Plena pero esto no significa que las decisiones adoptadas por las salas de revisión puedan ser incumplidas por los destinatarios de las órdenes proferidas por el juez constitucional, pues todas las decisiones adoptadas por esta Corporación tienen un carácter obligatorio y vinculante^[36].

Con fundamento en las anteriores consideraciones generales procede la Sala a resolver la solicitud de nulidad impetrada por el Procurador contra la sentencia T-585 de 2010 emitida por la Sala Octava de Revisión.

6. Análisis de la solicitud de nulidad

6.1 Cumplimiento de los presupuestos formales

6.1.1. Legitimación activa

De conformidad con lo expresado, desde los autos 282 y 283 de 2010 se reconoció a la Procuraduría General de la Nación legitimidad activa para la interposición de incidentes de nulidad en contra de las sentencias emitidas por las Salas de Revisión de esta Corte. Sin embargo, los mencionado autos también indicaron que, en virtud del principio de legalidad -según el cual las autoridades públicas sólo pueden actuar con fundamento en una norma jurídica que les de competencia para ello-, esta facultad de intervención ante las autoridades judiciales no es en modo alguno ilimitada sino que está restringida a las esferas subjetiva y objetiva antes explicadas. Dichas esferas circunscriben esta intervención a la

defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos fundamentales razón por la cual, cada vez que ejerza su facultad, la Procuraduría General deberá sustentarla claramente en una de estas tres finalidades, evitándose así que abuse de dicha potestad para guardar otros intereses. En este sentido, no basta con que la Procuraduría General simplemente se afirme que se actúa movido por uno o varios de estos motivos, sino que ello se debe sustentar de forma precisa.

En este caso, en el escrito de nulidad el Procurador manifiesta que interviene para pedir la nulidad de la sentencia T-585 de 2010 porque, a su juicio, vulnera: a) los *“intereses manifiestos de la sociedad”*, b) los derechos fundamentales de las personas y c) el orden jurídico.

Frente a a) estima la Sala que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, la supuesta violación de los *“intereses manifiestos de la sociedad”* no es una de las razones que activa la legitimación de la Procuraduría para solicitar la nulidad de las sentencias de revisión. No puede además la Sala interpretar esta expresión para encuadrarla en las esferas subjetiva u objetiva pues el solicitante no explica cuáles son tales intereses ni porque pertenecen a la sociedad y resultan manifiestos. Permitir la intervención de la Procuraduría bajo el amparo de esta finalidad tan abstracta, difusa e imprecisa daría pie para que se utilice la facultad de intervención para guardar intereses distintos de aquellos constitucionalmente autorizados. Se recuerda entonces al Procurador que esta facultad está limitada a las esferas antes anotadas, condicionamiento que tiene como razón de ser el respeto por el principio de legalidad y la prevención del abuso de la facultad de intervención en el sentido antedicho.

En lo relativo a b) se advierte que, aunque la vulneración de los derechos fundamentales sí es una de las finalidades que puede argüir la Procuraduría para pedir la nulidad de los fallos de revisión, en el escrito presentado por el Procurador no se indica cuáles son los derechos fundamentales supuestamente vulnerados ni quién es su titular. Asume la Sala que no se trata de los derechos fundamentales de la peticionaria pues ellos fueron amparados por la sentencia T-585 de 2010.

Tampoco podría tratarse del derecho fundamental a la vida del *nasciturus* pues en la sentencia C-355 de 2006 esta Corte (i) distinguió claramente entre *“la vida como un bien constitucionalmente protegido y el derecho a la vida como un derecho subjetivo de carácter fundamental”*, (ii) explicó que *“el derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad, como la de todos los derechos está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición”* y (iii) entendió que el fundamento de la prohibición del aborto radica en el deber de protección del Estado colombiano a la vida como bien constitucionalmente protegido y no como derecho fundamental.

Así las cosas, solo queda la posibilidad de que el Procurador estime que la sentencia T-585 de 2010 vulnera los derechos fundamentales del demandado y sus médicos como lo sugiere en uno de los argumentos de la tercera causal de nulidad, lo que activa su legitimación para solicitar la nulidad de la sentencia por esa causa.

Respecto de c), la pretendida vulneración del orden jurídico si configura una de las razones que fundamentan la facultad de intervención de la Procuraduría. Aunque el Procurador no lo explica, entiende la Sala que la violación del orden jurídico se presenta, en su opinión, por el supuesto desconocimiento de la jurisprudencia sobre la carencia actual de objeto –primera causal de nulidad- y de la sentencia C-355 de 2006 y el auto 283 de 2010 –segunda y tercera causal de nulidad-, lo que legitima para solicitar la nulidad por esas causales.

En este orden de ideas, en el presente caso el Procurador se encuentra legitimado para pedir la nulidad de la sentencia T-585 de 2010 debido a que, a su juicio, esta vulnera los derechos fundamentales del demandado –esfera subjetiva- y el orden jurídico representado para tal efecto por la jurisprudencia de esta Corte –esfera objetiva-.

6.1.2 Oportunidad

Debido a que la sentencia T-585 de 2010 no le fue notificada personalmente a la Procuraduría pues en ella no se le dio orden alguna, es necesario acudir a la notificación por conducta concluyente para fijar el término con el cual cuenta esta entidad para promover el incidente de nulidad. Así, esta entidad tiene tres días para iniciar el incidente de nulidad a partir de la presentación de un escrito firmado o de la realización de una audiencia o diligencia en que se manifieste que se conoce la sentencia de revisión o se mencione la misma; término que de todos modos no puede exceder del plazo con el que cuentan las partes para el mismo fin –tres días contados a partir de la notificación-.

En este caso se presentó una notificación por conducta concluyente pues el trece (13) de diciembre de 2010 el Procurador radica ante la Secretaría General de esta Corte un escrito firmado en el que afirma conocer el contenido de la sentencia T-585 de 2010. En este mismo escrito pide la nulidad del fallo mencionado, de modo tal que la petición fue presentada oportunamente. Tampoco se excedió el término que tuvieron las partes para promover el mismo incidente de conformidad con las constancias enviadas por el juez de instancia. En efecto, la última de las partes que fue notificada personalmente de la decisión fue el hospital demandado el dieciséis (16) de diciembre de 2010^[37], por lo que contaba hasta el doce (12) de enero de 2011 para impetrar la nulidad del fallo de revisión, teniendo en cuenta la vacancia judicial.

6.1.3 Carga argumentativa cualificada

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, quien alega la existencia de una nulidad debe cumplir con una exigente carga argumentativa, en el sentido de explicar de forma clara y expresa la violación al debido proceso y la incidencia o repercusión en la decisión proferida, la cual debe ser directa, significativa y trascendental. En concordancia con lo anterior, esta Corte ha excluido de dicha argumentación, entre otras, aquellas razones que obedezcan simplemente al disgusto o inconformismo del solicitante con la decisión adoptada o pretendan solamente reabrir el debate o examinar controversias que ya han sido definidas.

En esta ocasión, la Sala analizará el cumplimiento de este tercer requisito formal junto con la verificación de los requisitos materiales en cada una de las tres causales de nulidad invocadas, la cual se hará enseguida.

6.2 Cumplimiento de los presupuestos materiales

6.2.1 Primera causal de nulidad: “Violación al derecho fundamental al debido proceso por apartarse la Sala Octava de Revisión al proferir la sentencia T-585 de 2010 del criterio de interpretación fijado por la jurisprudencia constitucional respecto a la carencia de objeto”

6.2.1.1 Ausencia de carga argumentativa cualificada: no se explica de forma clara y expresa la violación al debido proceso que se denuncia

Aunque el Procurador señala que la violación al debido proceso se da, en su opinión, por un cambio de jurisprudencia -la sentencia T-585 de 2010 se aparta “del criterio de interpretación fijado por la jurisprudencia constitucional respecto a la carencia de objeto”- no indica cuales son las decisiones de la Sala Plena de la Corte Constitucional que contienen el “criterio de interpretación” supuestamente desconocido. Como se explicó, esta Corte unificó su jurisprudencia desde el auto 279 de 2010 en el sentido de que la causal de cambio de jurisprudencia se presenta únicamente cuando una sala de revisión se aparta del criterio de interpretación o la posición jurisprudencial fijada por la Sala Plena frente a una misma situación jurídica y no cuando una sala de revisión contradice la jurisprudencia consistente de otras salas de revisión. De todos modos, el solicitante tampoco menciona sentencias emitidas por otras salas de revisión que contengan el “criterio de interpretación fijado por la jurisprudencia constitucional respecto a la carencia de objeto”.

6.2.1.2 Inexistencia de cambio de jurisprudencia respecto de la carencia actual de objeto

Aunque con lo anterior basta para desechar esta primera causal, también resulta claro para la Sala que la sentencia T-585 de 2010 siguió la jurisprudencia constitucional sobre la forma como debe proceder esta Corte ante la carencia de objeto en las acciones de tutela sometidas a su revisión. Con el propósito de demostrarlo, a continuación se analizarán cada uno de los argumentos que conforman la primera causal de nulidad.

- (i) Indica el solicitante que en la sentencia T-585 de 2010, ante la carencia actual de objeto, la Sala Octava no señalón *su parte resolutive* si el amparo solicitado ha debido ser concedido o negado -como lo impondría la jurisprudencia constitucional- sino que “*contradictoria y ambiguamente*” revocó el fallo de instancia y declaró la carencia actual de objeto.

Además de que el solicitante no explica cuál es la incidencia directa, significativa y trascendental que tendría en el fallo cuestionado este supuesto vicio, la Sala encuentra que de conformidad con la jurisprudencia constitucional no es imperativo para la Corte Constitucional conceder o negar el amparo *en la parte resolutive* de la sentencia cuando se presenta carencia actual de objeto. Como se explica en la misma sentencia atacada, lo que indica la jurisprudencia constitucional de forma unánime es que, en estos casos, la Corte Constitucional debe pronunciarse *en la parte motiva* sobre si existió vulneración de los derechos fundamentales^[38], como en efecto se hizo en la sentencia T-585 de 2010; mientras que sobre la forma de proceder en estos casos respecto de la parte resolutive no hay uniformidad en las sentencias de revisión.

Lo cierto es que algunas Salas de Revisión optan, como lo hizo la Sala Octava, por revocar las decisiones de instancia cuando éstas han sido erradas con el argumento de que no se debe confirmar un fallo contrario a la Constitución así se presente una carencia actual de objeto^[39]. Enseguida, algunas simplemente declaran la carencia de objeto pues estiman no tiene sentido conceder o negar el amparo si de ello no se deriva orden alguna^[40].

Así, la parte resolutive de la sentencia T-585 de 2010 no desconoce la jurisprudencia constitucional ni es ambigua ni contradictoria pues revoca un fallo que equivocadamente negó el amparo -en el sentido indicado en la parte motiva- y simplemente declara la carencia actual de objeto de conformidad con los hechos.

- (ii) Asevera el Procurador que no procedía hacer la prevención que se hizo al Hospital demandado en la parte resolutive de la sentencia T-585 de 2010 -para que en adelante cuente con un

protocolo de diagnóstico integral y rápido en los casos de peligro para la vida o la salud de la gestante- porque ni en la sentencia C-355 de 2006 ni en las sentencias de tutela proferidas con anterioridad por esta Corte se había establecido la obligatoriedad de este protocolo o se había reconocido el derecho a la IVE en su fase de diagnóstico. Así, señala, esta es en una *“nueva regla constitucional”* con la cual se juzgó retroactivamente al Hospital demandado y a sus médicos.

El anterior argumento también será rechazado pues la prevención hecha al Hospital demandado no constituye un cambio de la jurisprudencia sobre la carencia actual de objeto. Antes bien, como lo indica el mismo escrito de nulidad, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, en virtud del artículo 24 del decreto 2591 de 1991, frente a una carencia actual de objeto en la que se advierte que hubo violación de derechos fundamentales la Corte debe, precisamente, advertir al demandado que no vuelva a incurrir en las conductas violadoras de derechos fundamentales^[41]. Conducta que en este caso consistió en la falta de diagnóstico integral y oportuno a la peticionaria, razón por la cual cobra pleno sentido la prevención para que en el futuro cuente con un protocolo que lo asegure y no se vuelva a presentar la misma vulneración de derechos fundamentales.

- (iii) El Procurador argumenta que la sentencia T-585 de 2010 debe ser anulada porque en ella la Sala Octava *“no informó a la actora o a sus familiares sobre las acciones jurídicas a las que puede acudir para lograr la reparación del daño, como efectivamente no podía hacerlo toda vez que el Hospital Departamental de Villavicencio E.S.E. no le causó daño alguno (...)”*.

La Sala rechazará este argumento por su falta de claridad. El solicitante indica que el cambio de jurisprudencia consiste en que la Sala Octava no informó a la actora o a sus familiares sobre las acciones para la reparación del daño, pero confusamente agrega después que no habría podido hacerlo porque, a su juicio, no se causó daño alguno, con lo cual parece que no pide la nulidad de la sentencia que ataca sino que manifiesta su acuerdo con la misma.

- (iv) En opinión del solicitante, en la sentencia T-585 de 2010 la Sala Octava contradujo la jurisprudencia constitucional ya que no compulsó copias del expediente a ninguna autoridad para investigar a los representantes y empleados del Hospital demandado, al juez de instancia y a la actora.

De nuevo la argumentación del Procurador no resulta clara, razón por la cual será rechazada. Nótese que en un argumento anterior el solicitante indica que, a su juicio, en la sentencia T-585 de 2010 se creó una *“nueva regla constitucional”* –la faceta de diagnóstico de la IVE- con la cual se juzgó retroactivamente al Hospital demandado y a sus médicos pero ahora confusamente se duele de que la Sala Octava no haya compulsado copias a las autoridades competentes para investigarlos.

En lo que respecta a la peticionaria, el no haber compulsado copias para que se le investigue no constituye un cambio de la jurisprudencia constitucional sobre la carencia actual de objeto. Como el mismo escrito de nulidad advierte, lo que indica la jurisprudencia de la Corte es que se debe compulsar copias del expediente a las autoridades que se considere obligadas a investigar la conducta *de los demandados* que violaron derechos fundamentales, no la de los demandantes^[42].

Aunque a la Corte no le corresponde juzgar la conducta de la señora AA, no resulta evidente que haya incurrido en un delito pues, como se concluyó en la sentencia T-585 de 2010, la falta de un diagnóstico rápido y oportuno por parte del demandado impidió determinar si su salud mental se encontraba en riesgo lo que le habría dado derecho a exigir la IVE sin consecuencia penal alguna. Así, el sólo hecho que haya terminado su embarazo por fuera del sistema de salud no significa automáticamente que haya incurrido en el delito de aborto.

Agrega la Sala que compulsar copias para investigar la conducta de las mujeres que acuden a la acción de tutela para exigir el cumplimiento de la sentencia C-355 de 2006 desincentivaría su ejercicio del derecho fundamental al acceso a la justicia pues tendrían el temor quedar sometidas a una investigación penal ante un posible resultado adverso.

La relevancia de esta consideración se refuerza si se tiene en cuenta que las mujeres son un grupo tradicionalmente discriminado en lo que respecta al acceso a la justicia. En no pocas ocasiones son objeto de una nueva victimización basada en prejuicios de género de origen cultural, moral y religioso y no reciben pronta y cumplida justicia cuando acuden a los jueces a denunciar los delitos de los que generalmente son víctimas –como la violencia sexual e intrafamiliar^[43]- o a exigir derechos especialmente importantes en razón de su sexo –como los derechos sexuales y reproductivos-. Esta situación ha generado una desconfianza generalizada hacia la Rama Judicial y, en consecuencia, una tendencia a no acudir a ella, lo que no hace sino perpetuar las violaciones a sus derechos y su situación como grupo discriminado^[44]. De ninguna forma puede esta Corte contribuir a que estas circunstancias permanezcan, debe más bien debe combatirla en aras de la equidad de género que propugna la Constitución de 1991.

Además, compulsar copias para investigar la conducta de las mujeres que acuden a la acción de tutela para exigir el cumplimiento de la sentencia C-355 de 2006 levantaría una barrera más en el acceso a la IVE en condiciones seguras en los eventos despenalizados. Como sugiere el reciente estudio “Embarazo no deseado y aborto en Colombia” elaborado por el Guttmacher Institute^[45], muchas mujeres que se encuentran incursas en las hipótesis despenalizadas en la sentencia C-355 de 2006 no acuden al sistema de salud sino a lugares no autorizados, con riesgo de su vida y su salud, debido a los obstáculos que todavía subsisten en el cumplimiento de la sentencia C-355 de 2006. No puede entonces esta Corte imponer una barrera más y contribuir a poner en peligro la vida y la salud de las mujeres, antes bien debe estimular y proteger a aquéllas que exigen sus derechos fundamentales a través de las vías democráticamente establecidas como la acción de tutela.

- (v) El Procurador arguye que, según la jurisprudencia constitucional, al no presentarse ni un hecho superado ni un daño consumado no era procedente un pronunciamiento de fondo, sin embargo, la Sala Octava se basó en una modificación en los hechos que originaron la acción de tutela para emitirlo.

Para rechazar el argumento resumido, basta señalar que la sentencia T-585 de 2010 siguió en este punto el precedente constituido por la sentencia T-988 de 2007 en la que se decidió un asunto similar.

En aquella ocasión, ante la negativa ilegítima de la EPS y de los jueces de instancia a practicar y ordenar la IVE, la mujer –víctima de acceso carnal violento en persona incapaz de resistir- terminó su gestación por fuera del sistema de salud, por lo que en sede de revisión cualquier

orden judicial dirigida a la interrumpir el embarazo resultaba inocua. En esa ocasión se estimó que, no obstante la carencia actual de objeto, era necesario que la Corte se pronunciara de fondo en la parte motiva de la sentencia sobre la vulneración de los derechos invocados en la demanda y sobre los fallos de instancia para señalar que el amparo debía haber sido concedido y para advertir a la demandada que no volviera incurrir en las conductas violadoras de derechos fundamentales. La misma solución fue tomada en la sentencia T-585 de 2010 por la Sala Octava de modo tal que no hubo cambio de jurisprudencia alguno.

6.2.1.3 La nulidad alegada pretende reabrir el debate y examinar controversias que ya han sido definidas

Además de los anteriores argumentos, el Procurador plantea otros que no están relacionados de ninguna forma con la primera causal de nulidad que se alega cual es el cambio de jurisprudencia respecto de la carencia actual de objeto. Como se verá, estos serán rechazados porque no se encuadran en ninguna de las causales de nulidad que han sido aceptadas por la jurisprudencia constitucional y pretenden solamente reabrir el debate y examinar controversias que ya han sido definidas.

- (vi) Argumenta el Procurador que la Sala Octava se equivocó al tener como probado que la peticionaria hizo la solicitud de IVE desde un primer momento pues entendió erróneamente que en el documento de 7 de noviembre de 2009 se consignaba la palabra “*aborto*”, cuando en realidad se lee “*amenaza de aborto*”. Afirma que esto lo confirmó la Procuradora Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia cuando se comunicó telefónicamente con la médica que suscribió el documento, quien “*le explicó la anotación hecha por su mismo puño y letra, confirmando que al momento de la consulta descrita la paciente AA no hizo ninguna solicitud de aborto (...). Y le remitió una aclaración por ella suscrita*”, la cual anexa al escrito de nulidad. En este orden de ideas concluye que el primer momento en que la actora manifestó su deseo de someterse a la IVE fue en el escrito de tutela. La incidencia del error estaría entonces en que sirvió de base para concluir que el demandado pasó por alto la solicitud de IVE de la señora AA.

Al respecto, hay que señalar que no se demuestra exitosamente la incidencia directa, significativa y trascendental que tendría este supuesto error en el fallo cuestionado por dos razones.

En primer lugar porque el hecho de que el documento de 7 de noviembre de 2009 no consignara la palabra “*aborto*” sino “*amenaza de aborto*” no desvirtúa el hecho de que la peticionaria hizo en reiteradas ocasiones una solicitud de aborto al hospital demandado pues ello se puede considerar probado por una razón distinta: que el hospital demandado nunca lo controvertió. En otras palabras, no hubo controversia probatoria entre las partes al respecto. También hay que indicar que la aclaración remitida por la médica a solicitud de la Procuradora Delegada no dice que “*al momento de la consulta descrita la paciente AA no hizo ninguna solicitud de aborto*” -como sugiere el Procurador en su escrito de nulidad-, simplemente aclara que en el documento de 7 de noviembre de 2009 se lee “*amenaza de aborto*”^[46].

En segundo lugar porque el hecho de que la señora AA hubiera hecho la solicitud de aborto desde un primer momento -y que esta hubiera sido ignorada y no hubiera conducido a ningún examen de diagnóstico-, no fue la única razón para considerar violados sus derechos fundamentales. La Sala Octava también advirtió que, tras el segundo examen médico ordenado

por el juez de instancia, la peticionaria no fue remitida inmediatamente a un profesional de la psicología a pesar de que en este se relevó que presentaba *“una carga emocional que amerita concepto de psicólogo para determinar aptitud para continuar gestación”*. Concluyó así que el Hospital demandado debió hacer la remisión antedicha en virtud de su obligación de garantizar la faceta de diagnóstico de la IVE.

Adicionalmente resulta evidente que este argumento no encaja en ninguna de las causales de nulidad aceptadas por la jurisprudencia de esta Corte y sólo busca cuestionar el análisis probatorio hecho por la Sala Octava y, de este modo, reabrir el debate sobre una cuestión ya resuelta cual es la violación de los derechos fundamentales de la peticionaria por el demandado. La jurisprudencia consistente de esta Corporación ha entendido que *“cuando la discrepancia del solicitante de la nulidad radica en el análisis del acervo probatorio hecho por la Corte –el cual se considera errado-, no se configura, por regla general, la nulidad (...) No es posible con motivo de la nulidad reabrir el debate probatorio, hacer una nueva valoración de las pruebas, analizar nuevos argumentos, o explicar nuevamente las razones jurídicas de la decisión. La nulidad en ningún caso constituye una nueva oportunidad para volver a estudiar el asunto objeto de la tutela”*^[47].

- (vii) Lo mismo sucede con el argumento según el cual la sentencia T-585 de 2010 es nula porque, a juicio del Procurador, no es cierto que no se le ordenara ningún examen médico a la peticionaria porque en el folio 7 del cuaderno 1 *“se lee: valoración de ginecología prioritaria (...)”*. Nótese además que el documento citado equivale a la remisión que hizo el Centro de Salud al Hospital demandado y no a una orden de examen médico de diagnóstico para determinar si la vida o la salud de la señora AA estaban en riesgo.
- (viii) El Procurador señala que la Sala Octava se equivocó al sostener que el demandado vulneró los derechos fundamentales de la peticionaria porque no fue remitida inmediatamente a un psicólogo después del segundo examen médico que se le practicó por orden del juez de instancia ya que ese segundo dictamen fue emitido el mismo día que la sentencia de tutela.

Nuevamente se revela la intención de usar el incidente de nulidad para propósitos que no le son propios, como es cuestionar el análisis probatorio hecho por la Sala Octava y de este modo reabrir el debate sobre si el amparo ha debido ser concedido o negado, razón por la cual este argumento debe ser desechado. De todos modos el Procurador no explica por qué la fecha del dictamen eximiría de responsabilidad al demandado quien, a juicio de la Sala Octava, debió remitir en ese mismo momento a la peticionaria a una valoración psicológica en lugar de limitarse a indicar en el dictamen que esta tenía *“una carga emocional que amerita concepto de psicólogo”*.

Por las razones anotadas la primera causal de nulidad alegada será rechazada.

6.2.2 Segunda causal de nulidad: *“Violación al derecho fundamental al debido proceso porque la Sala Octava de Revisión, al proferir la Sentencia T-585 de 2010, desconoció la existencia de la cosa juzgada constitucional sobre el aborto establecida por la Sala Plena en la Sentencia C-355 de 2006”*

El Procurador funda la segunda de las causales de nulidad que alega en que la sentencia T-585 de 2010 modifica la jurisprudencia constitucional sobre el aborto establecida entre la sentencia C-355 de 2006 al indicar que la IVE es un derecho de carácter fundamental perteneciente a la categoría de los derechos

reproductivos. También asegura que por la misma razón se desconoció el auto 283 de 2010 en el cual la Sala Plena negó la nulidad impetrada por el mismo contra la sentencia T-388 de 2009. Procede la Sala a pronunciarse sobre esta segunda causal.

6.2.2.1 Ausencia de carga argumentativa cualificada: no se demuestra la incidencia o repercusión en la decisión proferida y que esta es directa, significativa y trascendental

El solicitante sostiene que, aunque las consideraciones sobre la naturaleza de derecho a la IVE hechas en la sentencia T-585 de 2010 hacen parte de su *obiter dicta* y no de su *ratio decidendi*, “(...) en todo caso sí ha[n] generado y seguirá[n] generando una grave y peligrosa confusión en todos los agentes jurídicos hasta tanto no sea declarada su nulidad (...)”.

La Sala considera que la razón transcrita no satisface la carga argumentativa cualificada que exige la jurisprudencia constitucional en el evento de una solicitud de nulidad. En efecto, el argumento es abstracto e impreciso ya que no se explica en que consiste la “confusión” generada y porque esta es “grave y peligrosa”, tampoco se prueba que en realidad ésta existe. Tal abstracción e imprecisión impiden demostrar que el supuesto cambio de jurisprudencia tuvo una incidencia o repercusión directa, significativa y trascendental en la decisión que se adoptó en la sentencia T-585 de 2010 de tal modo que si no se hubiera producido la decisión habría sido necesariamente distinta, es decir, se habría modificado el sentido del fallo^[48].

Por el contrario la Sala estima que, aunque no se hubiera hecho referencia a la IVE como un derecho de carácter fundamental perteneciente a la categoría de los derechos reproductivos, la decisión tomada en el caso concreto hubiera sido exactamente la misma pues la Sala Octava habría podido recurrir a la protección de los derechos fundamentales a la vida y a la salud de la peticionaria para concluir que el hospital demandado los había vulnerado al no ofrecerle un diagnóstico oportuno e integral de los riesgos que representaba el embarazo para su vida y su salud física y mental.

6.2.2.2 Inexistencia de cambio de jurisprudencia respecto de la posición sentada en la sentencia C-355 de 2006 y en el auto 283 de 2010

A pesar de que con lo anterior basta para desechar por entero la segunda causal de nulidad que se alega, la Sala encuentra que la Sala Octava no efectuó ningún cambio de jurisprudencia respecto de lo decidido en la sentencia C-355 de 2006 al indicar en la sentencia T-585 de 2010 que, en los casos despenalizados por esta Corte, la IVE es un derecho de carácter fundamental perteneciente a la categoría de los derechos reproductivos. Ello tampoco significó un desconocimiento del auto 283 de 2010.

Para demostrarlo se analizan a continuación cada una de las supuestas diferencias entre las sentencias C-355 de 2006 y T-585 de 2010 a las que hace referencia el escrito de nulidad, así como las diferencias entre el auto 283 de 2010 y esta última sentencia.

- (i) El Procurador señala que en la sentencia T-585 de 2010 la Sala Octava hizo un recuento de la *ratio decidendi* de la sentencia C-355 de 2006. Llama la atención sobre el hecho de que dentro de este resumen no se encuentra que, en los casos despenalizados, la IVE es un derecho de carácter fundamental perteneciente a la categoría de los derechos reproductivos. De lo anterior deriva que se produjo un cambio de la jurisprudencia pues se incluyó en la sentencia T-585 de 2010 una consideración que no estaba contenida en la *ratio decidendi* de la sentencia C-355 de 2006.

Al respecto, estima la Sala que no se presenta un cambio de jurisprudencia ya que la sentencia T-585 de 2010 no desconoció, contrarió ni modificó ninguna de los elementos de la *ratio decidendi* de la sentencia C-355 de 2006 sino que más bien los reiteró expresamente en el considerando número 11. El hecho de que la sentencia T-585 de 2010 haya hecho alusión a un derecho que no se mencionó en la sentencia C-355 de 2006 no significa que haya desconocido su *ratio decidendi*. Ello sólo tendría lugar si en la *ratio decidendi* de la sentencia C-355 de 2006 se hubiera negado expresamente el reconocimiento de este derecho y, aun así, la sentencia T-585 de 2010 lo hubiera usado para resolver el problema jurídico que se le planteó. En otras palabras, si la sentencia C-355 de 2006 no mencionó este derecho –ni para reconocerlo ni para negarlo- es fácticamente imposible que la sentencia T-585 de 2010 la haya cambiado o contrariado. De esta forma, pues resulta incorrecto decir que existe jurisprudencia de Sala Plena al respecto y, por consiguiente, se reduce a un argumento *ad absurdum* el pretender demostrar un cambio en la misma.

Adicionalmente, la Sala reitera lo sostenido en el auto 283 de 2010 frente otra solicitud de nulidad hecha por el Procurador contra una tutela relacionada con la IVE. En aquella oportunidad el solicitante argumentó que la sentencia T-388 de 2009 era nula porque contenía reglas constitucionales sobre IVE que no estaban contenidas en la *ratio decidendi* de la sentencia C-355 de 2006. Concretamente sostuvo, entre otras cosas, que la sentencia T-388 de 2009 era nula porque determinaba que era un derecho de las mujeres poder contar con la información necesaria para ejercer sus derechos sexuales y reproductivos, lo que incluía estar enteradas de lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006. De forma similar arguyó que la sentencia C-355 de 2006 no había hecho referencia a la objeción de conciencia de los jueces frente a la IVE, por lo que el tema no podía ser tratado en la sentencia T-388 de 2009 sin incurrir en cambio de jurisprudencia.

Frente a estos razonamientos la Sala Plena concluyó que no se configuraba la causal alegada por varias razones que resultan plenamente aplicables al asunto de la referencia y que en consecuencia se reiteran.

En primer lugar explicó que la perspectiva del juez de constitucionalidad no es la misma que la del juez de tutela pues en el primer caso se trata de un juicio abstracto de constitucionalidad y en el segundo se debe resolver si en un caso concreto fue vulnerado un derecho fundamental, razón por la cual es lógico que las sentencias de tutela utilicen un discurso centrado en los derechos fundamentales mientras que ello no es necesariamente así en las sentencias de constitucionalidad.

En segundo lugar agregó que *“carece de cualquier atisbo de racionalidad exigirle al juez de tutela que utilice las mismas expresiones, giros, perspectivas y aproximaciones argumentativas que el juez constitucional, además de por lo antes expresado, por la libertad argumentativa de que aquel goza en concreción de la autonomía reconocida a la función judicial”*.

En tercer lugar aseguró que *“(...) el hecho que las decisiones de Salas de Revisión no puedan ir en contra de –modificar la jurisprudencia establecida en- las decisiones de Sala Plena, no significa que el ámbito temático de las primeras esté determinado por las segundas. Esta resulta una interpretación contraria al artículo 86 de la Constitución y a las disposiciones del decreto 2591 de 1991 que regulan la competencia para resolver las acciones de tutela por parte de las Salas*

de revisión; en efecto, la amplitud competencial de las Salas de Revisión lo define la propia Constitución al establecer que el ámbito de la acción de tutela serán los derechos fundamentales. Será ésta, y no otra, la delimitación funcional para el juez de tutela que debe procurar la protección real y eficaz de los derechos amenazados o vulnerados en cada caso que ante él se presente; contrario sensu, no podría el juez de tutela abstenerse de resolver un asunto sometido a su consideración, so pretexto de que respecto de ese aspecto existe un vacío –no se ha pronunciado- la Sala Plena de la Corte Constitucional, pues estaría faltando a un elemento esencial de su labor, cual es el resolver los casos con sujeción a la Constitución, a la jurisprudencia constitucional –en caso de que exista alguna al respecto- y a la ley –entendida esta en sentido amplio-”.

- (ii) El Procurador estima que ni en la demanda de constitucionalidad que dio lugar a la sentencia C-355 de 2006 ni en la parte motiva o resolutive de la misma se consideró al aborto como derecho o como derecho fundamental porque *“(…) la mencionada Sentencia en las consideraciones finales de manera categórica afirmó: la Corte se limitó a señalar las tres hipótesis extremas violatorias de la Constitución, en las que, con la voluntad de la mujer y previo cumplimiento del requisito pertinente se produce la interrupción del embarazo”*. De esta cita concluye que la Sala Octava fue más allá del *“campo de interpretación”* que delimitó la Sala Plena en la sentencia C-355 de 2006 al fundar en ella el derecho a la IVE.

Detecta la Sala que el anterior argumento parte de una transcripción parcial, aislada y descontextualizada de la sentencia C-355 de 2006. Con el fin de demostrarlo se vale del siguiente cuadro que compara el texto de la sentencia de constitucionalidad y la cita que se hace en el escrito de nulidad.

Cita hecha en el escrito de nulidad (páginas 43-44)	Texto de la sentencia C-355 de 2006 (11. Consideraciones finales)
<p><i>“la Corte se limitó a señalar las tres hipótesis extremas violatorias de la Constitución, en las que, con la voluntad de la mujer y previo el cumplimiento del requisito pertinente, se produce la interrupción del embarazo”.</i></p>	<p><i>“Una vez realizada la ponderación del deber de protección de la vida en gestación y los derechos fundamentales de la mujer embarazada esta Corporación concluyó que la prohibición total del aborto resulta inconstitucional y que por lo tanto el artículo 122 del Código Penal es exequible a condición de que se excluyan de su ámbito las tres hipótesis anteriormente mencionadas, las cuales tienen carácter autónomo e independiente.</i></p> <p><i>Sin embargo, acorde con su potestad de configuración legislativa, el legislador puede determinar que tampoco se incurre en delito de aborto en otros casos adicionales. En esta sentencia, la Corte se limitó a señalar las tres hipótesis extremas violatorias de la Constitución, en las que, con la voluntad de la mujer y previo el cumplimiento del requisito pertinente, se produce la interrupción del embarazo. 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, atendiendo a las circunstancias en las cuales éste es practicado, así como a la educación de la sociedad y a los objetivos de la política de salud pública”.</i></p>

Como se puede deducir de la lectura integral, completa y contextualizada del extracto de la sentencia que fue citado por el Procurador, este tenía como finalidad advertir que el legislador colombiano puede despenalizar otras hipótesis de aborto distintas a las determinadas en la sentencia. Entendido así la Sala no encuentra que la sentencia T-585 de 2010 haya modificado sentencia C-355 de 2006 pues nunca sostuvo que el legislador colombiano no pudiera despenalizar otros eventos de IVE diferentes a los fijados en esta decisión de constitucionalidad.

- (iii) El Procurador explica que aún después de proferida la sentencia C-355 de 2006 el aborto sigue siendo en Colombia un delito pues en esta sólo se despenalizaron algunas de sus hipótesis. Aduce que tal despenalización fue fruto de una ponderación entre el bien jurídico de la vida y algunos derechos fundamentales de las mujeres reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad como el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana, la vida y la salud. Relata que, al cabo de esta ponderación, se concluyó que estos derechos fundamentales *“pueden verse afectados”* con la prohibición absoluta del aborto y, en consecuencia, se despenalizó este delito en *“algunas circunstancias extraordinarias y verdaderamente excepcionales”*. Es decir que lo que se decidió fue que, en estos eventos, *“la protección de la vida humana en gestación no puede darse por vía del derecho penal”*. Estima que la sentencia T-585 de 2010 es nula porque lo reseñado es *“distinto y casi diametralmente opuesto”* a indicar que la IVE es un derecho fundamental de las mujeres que se inscribe en la categoría de los derechos reproductivos.

Salta a la vista la insuficiencia de la argumentación presentada por el solicitante para demostrar la causal de cambio de jurisprudencia. En efecto, se dedica a describir el contenido de las sentencias C-355 de 2006 y T-585 de 2010 y luego simplemente afirma que son *“distintas y casi diametralmente opuestas”*, sin añadir explicaciones que justifiquen esta conclusión.

Para la Sala el reconocimiento de un derecho de las mujeres a la IVE en la sentencia T-585 de 2010 no es contrario a lo decidido en la sentencia C-355 de 2006 al menos por dos razones.

La primera es que, según la misma sentencia T-585 de 2010, el alcance del derecho se limita a los eventos despenalizados y su ejercicio se supedita al cumplimiento de los requisitos indicados en la sentencia C-355 de 2006 tal como han sido interpretados por la jurisprudencia constitucional. De modo tal que la sentencia de la Sala Octava no amplió las hipótesis despenalizadas ni modificó los requisitos para comprobarlas y tampoco sostuvo que el aborto no sea un delito en los casos que no fueron despenalizados.

La segunda razón consiste en que para justificar el reconocimiento del derecho a la IVE la sentencia T-585 de 2010 se fundó en los mismos derechos fundamentales que sirvieron de base a la decisión tomada en la sentencia C-355 de 2006. En ambas decisiones se indicó que la protección de los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida y a la salud física y mental de las mujeres –contenidos en la Constitución de 1991 y en el bloque de constitucionalidad- determina que la sanción penal del aborto resulta desproporcionada en algunos casos y, en consecuencia, las mujeres gestantes pueden decidir libremente si interrumpir o continuar el embarazo cuando se encuentren en ellos^[49]. Fue con fundamento en esta argumentación que la Sala Octava concluyó válidamente que del contenido de los derechos fundamentales mencionados se extrae un derecho de las mujeres a la IVE en los

eventos despenalizados. Afirmación similar a la hecha en la sentencia C-355 de 2006 según la cual el reconocimiento y protección de los derechos reproductivos de las mujeres *“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”*.

Ahora bien, la clasificación del derecho a la IVE en la categoría de los derechos reproductivos tampoco es contraria a la sentencia C-355 de 2006 sino que tiene plena correspondencia con esta. Así, en esta sentencia de constitucionalidad se señaló que uno de los componentes esenciales de los derechos reproductivos era la autodeterminación reproductiva que protege la facultad de decidir el número de hijos y el intervalo entre estos^[50]. Por su lado la sentencia T-585 de 2010 -en términos prácticamente idénticos- indicó que la autodeterminación reproductiva es uno de los dos elementos de los derechos reproductivos y la definió como la facultad de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia^[51]. De esta conceptualización fue que la Sala Octava válidamente concluyó que, en las hipótesis despenalizadas, el derecho a la IVE hace parte de los derechos reproductivos pues en ellas la mujer tiene autodeterminación reproductiva, es decir, puede decidir libremente si procrear o no.

El carácter de fundamental asignado en la sentencia T-585 de 2010 al derecho reproductivo a la IVE también es acorde con la sentencia C-355 de 2006. La misma sentencia C-355 de 2006 reconoció que *“los derechos reproductivos son una categoría de derechos humanos”* y que estos *“incluyen el derecho fundamental de todas las personas a decidir libremente el número y el espaciamiento de hijos (...)”*^[52] (subrayas fuera del texto original). En otras palabras se aludió expresamente a la naturaleza fundamental del derecho a la autodeterminación reproductiva. Así, lo único que hizo la sentencia T-585 de 2010 fue puntualizar que, si la IVE -en las hipótesis despenalizadas- es parte del derecho *fundamental* a la autodeterminación reproductiva, entonces esta facultad es de carácter fundamental^[53].

La definición de cuales derechos son fundamentales no está sometida a la opinión de las mayorías políticas del Congreso ni a la libre apreciación de los funcionarios públicos y los jueces, quienes no pueden elegir arbitrariamente cuales derechos fundamentales proteger y cuáles no según sus convicciones personales. Esta determinación debe estar fundada necesariamente en la Constitución y en el bloque de constitucionalidad, como se demostró que lo está la sentencia T-585 de 2010 en caso del derecho fundamental a la IVE.

- (iv) El Procurador manifiesta que en la sentencia C-355 de 2006 se consideró que la Constitución Política *“es provida”*, que es una obligación constitucional y legal del Estado, la sociedad y los particulares proteger la vida, que no se derivaba de ningún tratado internacional la obligación de despenalizar el aborto y que era conforme a la Constitución tipificar el delito del aborto, razón por la cual lo mantuvo vigente.

En su sentir la sentencia T-585 de 2010 va en contra de todo lo anterior ya que *“eliminó virtualmente el tipo penal de aborto”*, *“consideró que el aborto (...) es un derecho fundamental, inherente a otros derechos fundamentales reconocidos en la Constitución”*, indicó que el reconocimiento y defensa de este derecho es *“una obligación internacional del Estado Colombiano consignada en instrumentos internacionales de derechos humanos”* e impuso al Estado y a los particulares -Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, Superintendencia

Nacional de Salud, EPS e IPS- una serie de obligaciones “*para defender el llamado derecho fundamental al aborto (...) sin ninguna consideración por el bien jurídico protegido por el tipo penal de aborto: la vida humana en gestación*”.

La Sala no comparte esta argumentación. El reconocimiento del derecho a la IVE no significó la eliminación del tipo penal de aborto en ninguna medida pues, como ya se expresó, la sentencia T-585 de 2010 limitó su alcance a los eventos despenalizados. Así, el aborto sigue siendo un delito con excepción de los eventos establecidos en la sentencia C-355 de 2006; lo que sucede es que en esas hipótesis despenalizadas es un derecho reproductivo de tipo fundamental de las mujeres de acuerdo con la sentencia T-585 de 2010.

Además, la sentencia T-585 de 2010 no derivó este derecho de tratados internacionales sobre derechos humanos, como sugiere imprecisamente el Procurador. Como ya se explicó, lo extrajo del contenido de los mismos derechos fundamentales en los que se fundamentó la sentencia C-355 de 2006 -dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, vida y salud física y mental de las mujeres– los cuales se encuentran contenidos tanto en la Constitución de 1991 como en tratados sobre derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

En el siguiente apartado se referirá la Sala al tema de la “*imposición*” de obligaciones al Estado y a los particulares en lo relativo al derecho a la IVE, para concluir que ello no constituye un cambio de jurisprudencia respecto de la sentencia C-355 de 2006.

- (v) Explica el Procurador que en la sentencia C-355 de 2006 “*(...) no se impuso a nadie una obligación relacionada con el aborto en los casos despenalizados, sólo se precisó que a la mujer que solicita el servicio de interrupción voluntaria de embarazo no se le pueden imponer cargas ni obstáculos ni tampoco se le puede discriminar (...)*”. A su juicio, la sentencia T-585 de 2010 modifica en ese punto la sentencia C-355 de 2006 ya que impone al Estado, a las EPS e IPS y a los médicos la obligación de hacerles a las mujeres embarazadas un diagnóstico para saber si están incursas en alguna de las hipótesis previstas en la sentencia C-355 de 2006.

Al respecto estima la Sala que no se presenta un cambio de jurisprudencia pues el hecho de que la sentencia T-585 de 2010 haya hecho alusión a una obligación que no se mencionó expresamente en la sentencia C-355 de 2006 no significa que la haya desconocido. Ello sólo tendría lugar si en la *ratio decidendi* de la sentencia C-355 de 2006 se hubiera negado explícitamente la existencia de esta obligación y, aun así, la sentencia T-585 de 2010 lo hubiera usado para resolver el problema jurídico que se le planteó. En otras palabras, si la sentencia C-355 de 2006 no mencionó esta obligación –ni para reconocer su existencia ni para negarla- es fácticamente imposible que la sentencia T-585 de 2010 la haya cambiado o contrariado. De esta forma, resulta incorrecto decir que existe jurisprudencia de Sala Plena al respecto y, por consiguiente, se reduce a un argumento *ad absurdum* el pretender demostrar un cambio en la misma. Además, la sentencia C-355 de 2006 de ninguna forma *limitó* las obligaciones que surgían de la despenalización parcial del aborto a las que se mencionaran en su texto.

Es pertinente reiterar una vez más lo decidido por esta Sala en el auto 283 de 2010 ya mencionado. Recuérdese que en aquella oportunidad el mismo solicitante argumentó que la sentencia T-388 de 2009 era nula porque contenía reglas constitucionales sobre IVE que no estaban contenidas en la *ratio decidendi* de la sentencia C-355 de 2006. Como se vio, frente a ello esta Sala expresó insistentemente que “*(...) el ámbito del juez de tutela es distinto al ámbito*

decisorio del juez que realiza el análisis constitucional; que el segundo no le establece parámetros infranqueables al primero, sobre todo por la gran diferencia existente entre uno y otro juicio, no obstante ser ambos constitucionales; y porque el límite consistente en no contrariar la jurisprudencia constitucional no implica que el juez de tutela no tenga un ámbito propio para interpretar y determinar en cada caso concreto el contenido y extensión de la protección que un derecho fundamental amerita de acuerdo con las circunstancias concretas de cada situación en que se vean involucrados sus titulares”, todo en ejercicio de la libertad argumentativa e interpretativa que se le reconoce a las Salas de Revisión de esta Corte.

Estas mismas razones refuerzan la conclusión de que no se presentó un cambio de jurisprudencia respecto de lo decidido en la sentencia C-355 de 2006. La Sala Octava, haciendo uso de su libertad argumentativa e interpretativa y dentro del marco de un juicio concreto de vulneración de derechos fundamentales, estimó que las circunstancias particulares del caso de la señora AA revelaban la necesidad de seguir decantando el listado de obligaciones que tienen todos los prestadores del servicio de salud respecto de las mujeres que solicitan la IVE para hacer patente la obligación de diagnóstico en los casos en que se alega peligro para su vida o la salud.

Resalta la Sala que la labor que les corresponde y que han venido desarrollando las distintas Salas de Revisión después de la sentencia C-355 de 2006 es precisamente la determinación de las reglas bajo las cuales esta debe aplicarse a los casos concretos pues la necesidad de las mismas se revela sólo a medida que estos se presentan. Estas reglas incluyen la fijación de los derechos fundamentales involucrados y sus correlativas obligaciones. Así, mediante varias sentencias de tutela^[54], se ha decantado el derecho fundamental a la objeción de conciencia frente a la IVE, sus titulares, sus límites y su modo de ejercicio, el derecho fundamental de las mujeres a la información sobre la sentencia C-355 de 2006 y las obligaciones del Estado y los particulares prestadores del servicio de salud que incluyen disponibilidad, confidencialidad y no discriminación entre muchas otras. Ninguna de estas sentencias ha sido declarada nula por llevar a cabo esta tarea.

Por lo demás, la obligación de diagnóstico es tan sólo un desarrollo de la regla según la cual no se pueden imponer obstáculos ni cargas ilegítimas a la mujer que desea practicarse la IVE en los eventos despenalizados, regla que fue fijada por la sentencia C-355 de 2006 según el mismo escrito de nulidad. Si el requisito para acceder a la IVE en los casos de peligro para la vida y la salud de la gestante es un certificado que debe provenir necesariamente de un médico, es lógico que la mujer gestante pueda exigirle, no que le dé el certificado, pero sí que le realice los exámenes de diagnóstico pertinentes para verificar o descartar la causal. No concederle tal facultad sería imponerle un obstáculo insalvable y una carga ilegítima pues la mujer gestante se vería obligada a buscar un médico que “este dispuesto” a diagnosticarla mientras su embarazo avanza y se hace cada vez más riesgosa la IVE.

Este mismo obstáculo fue detectado por esta Corte respecto de las prestaciones médicas excluidas del Plan Obligatorio de Salud (POS). Se encontró que, como la jurisprudencia constitucional exigía una prescripción médica para concederlas, los médicos simplemente no las expedían como forma de negar el acceso a los servicios excluidos del POS. Ante esta práctica la Corte reconoció el denominado derecho al diagnóstico -aproximadamente desde el año 2003^[55] y consistentemente desde entonces^[56]- que protege la facultad de los pacientes de exigir la realización de los exámenes necesarios para determinar su estado de salud y el

tratamiento a realizar. De modo tal que lo dicho en la sentencia T-585 de 2010 no es sino una reiteración de éste derecho en el caso de la IVE con el mismo objetivo, es decir, impedir que se niegue el acceso a la misma a partir de un ejercicio abusivo de la autonomía médica.

El Procurador también aduce que en su sentir se contradice la sentencia C-355 de 2006 porque esta obligación de diagnóstico surge por el simple hecho de que las mujeres embarazadas crean o aleguen estar incursas en alguno de los eventos despenalizados y deseen someterse a la IVE. Entiende entonces que, a partir de la sentencia T-585 de 2010, cada vez que esto suceda debe “presumirse o suponerse” que en realidad la mujer gestante está incursa en una causal de la sentencia C-355 de 2006 y en consecuencia deben hacerse todos los exámenes para verificarlo. Encuentra que con esto “*la Sala Octava de Revisión pretende ampliar las causales exceptivas de la sentencia C-355 de 2006*” y elevar “*el deseo (...) a la categoría de derecho (...) fundamental*”.

Este argumento parte de una lectura imprecisa y parcial de la sentencia T-585 de 2010. En esta no se indicó que debe “presumirse o suponerse” que toda mujer embarazada esta incursa en la causal de peligro para la vida o la salud sino que la obligación de diagnóstico surge cuando a) los profesionales de la salud advierten la posibilidad de que se configure ésta hipótesis o b) la mujer gestante alega estar incursa en ella por los síntomas que presenta^[57] como sucedió con la señora AA. Estos son los mismos eventos en que surge la obligación de diagnóstico frente a cualquier enfermedad. Se ve así que esta obligación no tiene como fin ni como resultado ampliar los eventos en que el aborto está despenalizado sino simplemente corroborar si la mujer gestante está incursa en uno de ellos y, en este sentido, no basta que se desee interrumpir el embarazo para proceder a la IVE sino que además de ello es necesario que, una vez se permita el acceso al diagnóstico, este revele que la vida o la salud mental o física de la mujer gestante está en peligro.

- (vi) Indica el Procurador que en la sentencia C-355 de 2006 exigió “*una cierta carga probatoria mínima a la mujer que quiere abortar*” mientras que en la Sentencia T-585 de 2010 “*le corresponde no a ella sino a quien ella solicite el aborto hacerle un diagnóstico pronto e integral para probar que puede estar incursa en alguna de las hipótesis previstas en la Sentencia de constitucionalidad*”.

La Sala estima equivocada la apreciación del Procurador según la cual la sentencia C-355 de 2006 impuso a la mujer gestante la “carga” de probar que su vida o salud se encuentran en peligro ya que ello no está expresamente señalado en ella ni se deduce de su texto. Lo que único que allí se expresó fue que “*debe existir la certificación de un profesional de la medicina, pues 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*”^[58].

Esta lectura de la sentencia resulta por demás contraria a la lógica ya que si la prueba –certificación- debe provenir necesariamente de un tercero que además debe ser profesional de la salud, no se entiende entonces cómo el Procurador asume que la carga de probar está en cabeza de la mujer gestante. Como se dijo en la sentencia T-585 de 2010 “*es precisamente la Institución Prestadora de Salud –el Hospital-, y no la peticionaria, la que cuenta con la red de profesionales necesaria para hacer una valoración en tal sentido*”. Ya se explicó que la finalidad de la obligación de diagnóstico es impedir que el requisito de la certificación médica se

convierta en una barrera insalvable para las mujeres que tienen derecho y desean someterse a la IVE ante un posible ejercicio abusivo de la autonomía médica.

Finalmente hay que decir que la solicitud de nulidad asevera que la sentencia T-585 de 2010 hace afirmaciones que en realidad ella no contiene. La sentencia T-585 de 2010 no expresa en ninguna parte que *“si no se hace este diagnóstico pronto o no es integral, entonces la mujer si lo desea tiene el derecho de abortar por fuera del Sistema General de Seguridad Social sin responsabilidad penal alguna y además debe entenderse que se le vulneraron sus derechos fundamentales”*, ni nada parecido. Es cierto que la sentencia T-585 de 2010 indica que la ausencia de diagnóstico oportuno e integral vulnera derechos fundamentales pero no señala que si este no se hace la mujer gestante *“tiene derecho a abortar”* por fuera del sistema de salud sin incurrir en delito ya que dentro de las competencias de esta Corte no está determinar responsabilidades penales.

- (vii) Señala el Procurador que la sentencia T-585 de 2010 *“deriva un derecho fundamental de una presunta acción delictiva”* porque la situación de la señora AA *“no se encuentra cobijada por la Sentencia C-355 de 2006, no sólo porque no se probó que la continuación del embarazo de la Señora AA constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico, sino porque en contra de lo ordenado por el Juez de única instancia en la Sentencia de 9 de diciembre de 2009 la Señora AA terminó su gestación por fuera del sistema de salud con lo cual, además del posible delito de aborto pudo también haber incurrido en el delito fraude a resolución judicial (...)”*. Así, considera que la sentencia T-585 de 2010 desconoce la sentencia C-355 de 2006 porque impide, en las situaciones no despenalizadas, la aplicación del tipo penal de aborto a pesar de que este fue declarado exequible.

De entrada se advierte que este argumento parte de un supuesto erróneo ya que la sentencia T-585 de 2010 no derivó el derecho a la IVE de la conducta de la señora AA sino del contenido de los mismos derechos fundamentales que sirvieron de base a la decisión tomada en la sentencia C-355 de 2006: dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, vida y salud física y mental de las mujeres^[59]. En otras palabras, el reconocimiento del derecho a la IVE fue totalmente independiente de la conducta de la señora AA.

Se reitera además que este no impide la aplicación del tipo penal de aborto pues la sentencia T-585 de 2010 limitó su alcance a los eventos despenalizados en la sentencia C-355 de 2006.

- (viii) Indica el Procurador que en el auto 283 de 2010 la Sala Plena negó la solicitud de nulidad que impetró contra la sentencia T-388 de 2009 *“(...) por estimar que el objeto de esta última decisión judicial era lograr el reconocimiento y [la] aplicación de derechos fundamentales en la precisa forma en que fueron reconocidos en la sentencia C-355 de 2006 (...) mientras que en la Sentencia T-585 de 2010 se traspasan de manera ostensible los términos y los límites de la Sentencia C-355 de 2006, pues se llama derecho fundamental a lo que no es más que una conducta despenalizada en tres casos excepcionales y se hace nacer de ella obligaciones para entidades públicas y privadas (...)”*.

La sentencia T-585 de 2010 no desconoció el auto 283 de 2010 pues, tal como sucedió con la sentencia T-388 de 2009, solamente buscó *“lograr el reconocimiento y aplicación de derechos fundamentales en la precisa forma en que fueron reconocidos por la sentencia C-355 de 2006”*. Los argumentos expresados hasta el momento sirven para justificar esta conclusión pues ya se

ha explicado que el reconocimiento del derecho a la IVE y la fijación de la obligación de diagnóstico no constituyen modificación de la sentencia C-355 de 2006.

Además de los anteriores, el Procurador incluye dentro de la segunda causal de nulidad otros argumentos que serán analizados a continuación.

6.2.2.3 Ausencia de carga argumentativa cualificada: no se explica de forma clara y expresa la violación al debido proceso que se denuncia

Sugiere el Procurador que la sentencia T-585 de 2010 desconoce la jurisprudencia constitucional sobre el concepto de derecho fundamental. Indica que la sentencia T-406 de 1992 estableció unos criterios para determinar cuándo un derecho es fundamental: *“la conexión directa con los principios, la eficacia directa del derecho, su contenido esencial, su reconocimiento o remisión expresa iusconstitucional o iusconvencional, su conexión directa con otros derechos fundamentales reconocidos y su carácter de derecho inherente a la persona humana”*. Insinúa que el derecho fundamental a la IVE no cumple con estos criterios.

Al respecto se tiene que el solicitante no indica cuales son las decisiones de la Sala Plena supuestamente desconocidas por el cambio de jurisprudencia que propone. Como se explicó, esta Corte unificó su jurisprudencia desde el auto 279 de 2010 en el sentido de que la causal de cambio de jurisprudencia se presenta únicamente cuando una sala de revisión se aparta del criterio de interpretación o la posición jurisprudencial fijada por la Sala Plena frente a una misma situación jurídica y no cuando una sala de revisión contradice la jurisprudencia consistente de otras salas de revisión.

De todos modos, el Procurador tampoco menciona sentencias emitidas por otras salas de revisión que contengan la jurisprudencia en vigor cuya modificación denuncia. Aunque hace referencia a la sentencia T-406 de 1992, no justifica la razón por la cual es esta sentencia la que contiene la jurisprudencia en vigor sobre la materia. Este es un vacío que la Sala no puede llenar teniendo en cuenta la carga argumentativa cualificada que pesa sobre quien solicita la nulidad de una sentencia de la Corte Constitucional. Lo cierto es que desde 1992 se han expedido una gran cantidad de sentencias que han tratado el tema del concepto de derecho fundamental y que han usado criterios disímiles a los utilizados en la sentencia citada por el Procurador^[60], por lo cual es difícil concluir que existe una única posición jurisprudencial en vigor sobre la materia y que esta está representada por la sentencia T-406 de 1992.

6.2.2.4 La nulidad alegada pretende reabrir el debate y examinar controversias que ya han sido definidas

Para finalizar con la fundamentación de la segunda causal, el Procurador hace consideraciones con el objetivo de explicar por qué, a su juicio, la IVE –en las tres hipótesis despenalizadas- no puede ser tomada como un derecho ni un derecho fundamental ni un derecho reproductivo.

Estas serán rechazadas porque no se encuadran en ninguna de las causales de nulidad que han sido aceptadas por la jurisprudencia constitucional y pretenden solamente reabrir el debate y examinar controversias que ya han sido definidas. Según la jurisprudencia reiterada de esta Corte, al solicitar la nulidad de una sentencia de revisión no es suficiente el expresar razones o interpretaciones diferentes a las de la Sala, ya que la mera inconformidad con la interpretación realizada o con los criterios argumentativos que apoyan la sentencia no implican la vulneración del debido proceso sino que constituyen meras apreciaciones connaturales al desacuerdo del solicitante con la decisión. Esto es

precisamente lo que sucede en ese caso, el Procurador no denuncia una violación al debido proceso, sólo intenta rebatir los argumentos que presentó la Sala Octava para considerar que la IVE en los eventos despenalizados es un derecho fundamental de tipo reproductivo.

A pesar de lo anterior, la Sala considera pertinente hacer algunas precisiones sobre los argumentos del Procurador.

- (ix) El Procurador sostiene que no se puede llamar derecho “(...) a lo que en el derecho penal técnicamente se conoce como una causal de justificación, como lo es la legítima defensa (...)”

Advierte la Sala que el anterior razonamiento parte de un supuesto erróneo al confundir el solicitante la atipicidad penal con las causales de justificación. En el primer caso la conducta que se comete no encaja en la descripción que hace la ley penal y es esa la razón por la cual no es delito y no tiene sanción penal. Esto es precisamente lo que sucede en el caso de la IVE en las hipótesis determinadas en la sentencia C-355 de 2006 pues la Corte las excluyó de la descripción del tipo penal de aborto. En el segundo caso la conducta que se comete encaja en la descripción que hace la ley penal pero, ante la presencia de un hecho que la justifica –como la legítima defensa- no se impone la sanción penal prevista.

- (x) Estima el Procurador que considerar la IVE –en las hipótesis despenalizadas- como un derecho “(...) equivaldría a decir que cuando en Colombia se encontraba despenalizada la dosis mínima de estupefacientes, entonces los ciudadanos tenían derecho a esta dosis y que, por tanto, podían exigirla del Estado o de un tercero, y que el Estado se encontraba en la obligación de promoverla (...)”.

Para la Sala no resulta comparable desde ningún punto de vista el consumo de sustancias psicoactivas con la IVE. A diferencia del primero, en los casos despenalizados por la Corte la segunda es una prestación médica incluida en el POS por el acuerdo número 350 de 2006 expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, lo cual es fuente de derechos para las ciudadanas y de obligaciones para las entidades del sistema de seguridad social en salud.

Además, a la luz de la obligación de garantía de los derechos fundamentales a la vida y a la salud de las mujeres –reconocidos en la Constitución y en el bloque de constitucionalidad- sería insostenible que, estando despenalizadas algunas hipótesis de la IVE, el estado se limitara a no impedir su realización y no garantizara su práctica dentro del sistema de salud como sugiere el Procurador, ya que ello llevaría a las mujeres –sobre todo a aquellas de escasos recursos- a recurrir a sitios inseguros para poder someterse al procedimiento poniendo en grave riesgo su vida y su salud.

Ello también constituiría una discriminación por razón de sexo violatoria del derecho a la igualdad de las mujeres. Ya lo dijo el Comité de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación para la mujer –tratado internacional del que Colombia es parte-: “La negativa de un Estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria”^[61].

- (xi) El Procurador señala que “(...) si el aborto en los casos excepcionados fuera un derecho (...) entonces se hace completamente incomprensible que el aborto se encuentre penalizado en

todas las demás circunstancias o situaciones que, al menos en principio, deberían ser la regla general (...). Ello porque *“(...) los derechos, y muy especialmente los derechos fundamentales y todo el conjunto de los derechos humanos, son principios, reglas generales, no excepciones”*.

Hay que precisar que la definición de derecho fundamental no exige que este sea una regla general y no una excepción. Si ello fuera así, no se entendería que la objeción de conciencia fuera uno de los contenidos protegidos por el derecho fundamental a la libertad de conciencia ya que la posibilidad de eximirse del cumplimiento de la normatividad vigente por esta razón también es excepcional y sometida a exigentes requisitos^[62].

- (xii) El Procurador manifiesta que la sentencia T-585 de 2010 hace una síntesis de la sentencia T-732 de 2009 para justificar la existencia del derecho fundamental a la IVE pero que *“(...) de la lectura detenida de esta última providencia no se deriva el llamado derecho fundamental al aborto. Por el contrario, se advierte que el derecho a la autodeterminación reproductiva se desconoce, por ejemplo, cuando se presentan embarazos, esterilizaciones, abortos o métodos de anticoncepción forzados”*.

Al respecto, revisado el texto de la sentencia T-732 de 2009 se encuentra que en esta se indicó que *“los derechos reproductivos reconocen, respetan y garantizan la facultad de las personas, en especial a las mujeres, de acceder a servicios de salud reproductiva”* y dentro de estos servicios se incluyó expresamente la *“interrupción voluntaria del embarazo de forma segura en aquellos casos en que es legal, sin la exigencia de requisitos inexistentes”*^[63].

Por lo demás, no resulta contradictorio sostener que la autodeterminación reproductiva se vulnera cuando se obliga a la mujer a abortar y cuando se le obliga a llevar a término la gestación en las hipótesis despenalizadas, pues en ambos casos se le despoja precisamente de la libertad de elegir que es el contenido protegido por el derecho a la autodeterminación reproductiva.

- (xiii) Sostiene el Procurador que la sentencia T-585 de 2010 fundamentó el carácter de derecho de la IVE en *“documentos jurídicos internacionales de derechos humanos”* lo cual es en su sentir erróneo pues *“el aborto a nivel internacional no tiene el carácter de derecho que pretende dársele en la Sentencia de tutela aquí cuestionada”*. Justifica tal afirmación con base en una interpretación del consenso alcanzado en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo del Cairo, en declaraciones del Consejo Presidencial de la Unión Europea y de la Comisión Europea, en una resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en declaraciones de la delegación estadounidense en la Conferencia del Cairo y en *“un encuentro de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Estado de la Mujer”* y en declaraciones del Primer Ministro Canadiense respecto del *“Plan de Salud Materna del Grupo de los 8”*.

Enseguida el solicitante cuestiona el uso que se hizo en la sentencia T-585 de 2010 de algunas observaciones y recomendaciones de organismos de vigilancia de tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia^[64], pues señala que de ellas no se deriva el derecho a la IVE y que no hacen parte de bloque de constitucionalidad.

La Sala reitera que la sentencia T-585 de 2010 no derivó el derecho a la IVE de tratados internacionales sobre derechos humanos ni de observaciones o recomendaciones de sus organismos de vigilancia, como sugiere imprecisamente el Procurador. Como ya se explicó, lo

extrajo del contenido de los mismos derechos fundamentales en los que se fundamentó la sentencia C-355 de 2006 -dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, vida y salud física y mental de las mujeres– los cuales se encuentran contenidos tanto en la Constitución de 1991 como en tratados sobre derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad^[65]. También hay que precisar que ni los documentos ni las declaraciones mencionadas por el Procurador en su solicitud constituyen fuente del derecho aplicable en Colombia^[66].

- (xiv) En relación con la recomendación número 19 del Comité de Derechos Humanos de la Naciones Unidas del 4 de agosto de 2010 -mencionada en la sentencia T-585 de 2010- el Procurador señala que pidió a la Directora de Derechos Humanos y de Derecho Internacional de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores que *“se le hiciera saber al Comité de Derechos Humanos que el Estado Colombiano no acepta la recomendación No. 19, en tanto que en ésta se hacen valoraciones, referencias, señalamientos y se formulan conclusiones que no corresponden a la realidad”*. Añade que *“(…) este Informe se profirió con posterioridad tanto de los hechos que dieron lugar a la Sentencia T- 585 de 2010 como a la misma fecha en que fue proferida esta decisión”*.

En relación con lo anterior es necesario señalar que, de conformidad con el artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, frente a las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos de la Naciones Unidas no está prevista la posibilidad de no aceptación, solamente se prevé que los estados parte *“podrán presentar al Comité observaciones”*.

Adicionalmente, no encuentra la Sala ninguna violación al debido proceso en razón de la fecha de la recomendación pues esta no se usó para juzgar la conducta de ninguna de las partes sino para advertir que las fallas en el acceso a la IVE en condiciones seguras impide reducir el número de mujeres que mueren por esta causa pues las conducen a recurrir a sitios inseguros^[67].

Por las razones anotadas la segunda causal de nulidad alegada será rechazada.

6.2.3 Tercera causal de nulidad: “Violación al derecho fundamental al debido proceso por extralimitación de funciones de la Sala Octava de Revisión al proferir la sentencia T-585 de 2010 e invadir competencias de otros órganos del Estado, con lo cual también desconoció la cosa juzgada de la sentencia C-355 de 2006”.

La tercera causal de nulidad alegada por el Procurador contra la sentencia T-585 de 2010 se fundamenta en tres tipos de argumentos, que se analizarán a continuación.

6.2.3.1 Argumentos dirigidos a atacar el pronunciamiento que se hizo en la sentencia T-585 de 2010 sobre los efectos de la suspensión provisional del Decreto 4444 de 2006 y la vigencia del Acuerdo 350 de 2006 del Consejo Nacional de Seguridad Social y de la Circular Externa 058 de 2009 de la Superintendencia Nacional de Salud

6.2.3.1.1 Ausencia de carga argumentativa cualificada: no se demuestra la incidencia o repercusión en la decisión proferida y que esta es directa, significativa y trascendental

Lo primero que se advierte es que no se satisface la carga argumentativa cualificada que exige la jurisprudencia constitucional pues no se ofrece ninguna explicación sobre cuál fue la incidencia o repercusión directa, significativa y trascendental que tuvo el supuesto cambio de jurisprudencia en la decisión que se adoptó en la sentencia T-585 de 2010 de tal modo que, si no se hubiera producido, la decisión habría sido necesariamente distinta, es decir, se habría modificado el sentido del fallo^[68]. Por el contrario la Sala estima que, aunque no se hubiera hecho referencia a este tema, la decisión tomada en el caso concreto hubiera sido exactamente la misma pues el problema jurídico resuelto en la sentencia T-585 de 2010 no giraba en torno a la aplicación de los mencionados actos administrativos sino en torno a la obligación de diagnóstico del demandado.

Aunque ello basta para desechar el primer tipo de argumentos que conforman la tercera causal de nulidad, la Sala estima útil reforzar el rechazo con las siguientes razones.

6.2.3.1.2 No se presenta cambio de jurisprudencia respecto del auto 283 de 2010

Indica el Procurador que la sentencia T-585 de 2010 modificó la jurisprudencia sentada por la Sala Plena en el auto 283 de 2010 que negó la nulidad impetrada por el mismo contra la sentencia T-388 de 2009. Lo anterior porque en el auto mencionado *“la Sala Plena de la Corte Constitucional reconoció (...) que el cumplimiento de algunas de las órdenes proferidas en la sentencia de tutela [T-388 de 2009 y su eficacia] puede[n] verse afectada[s] por la suspensión de que fue objeto el decreto 4444 de 2006 (...)”*. Por el contrario, en la sentencia T-585 de 2010 *“la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional se abrogó la facultad de establecer los efectos de una decisión autónoma, legítima y ejecutoriada de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por medio de la cual se suspendió provisionalmente el Decreto 4444 de 2006 (...)”*.

No encuentra la Sala que la sentencia T-585 de 2010 haya cambiado en este punto la jurisprudencia sentada en el auto 283 de 2010 pues este se refirió exclusivamente a los efectos que podría tener la suspensión provisional del decreto 4444 de 2006 en algunas de las órdenes de la sentencia T-388 de 2009 y no a las consecuencias generales de la misma. La sentencia acusada en nada se refiere a las órdenes y a la eficacia de la sentencia T-388 de 2009 sino a los efectos generales de la suspensión provisional, razón por la cual es fácticamente imposible que haya contrariado lo expresado en el auto 283 de 2010.

6.2.3.1.3 Ausencia de extralimitación de competencias y pretensión de reabrir el debate y examinar controversias que ya han sido definidas

El Procurador cuestiona también el pronunciamiento hecho respecto de los efectos de la suspensión provisional del decreto 4444 de 2006 y su incidencia en la vigencia y fuerza vinculante del Acuerdo 350 de 2006 del Consejo Nacional de Seguridad Social y de la Circular Externa 058 de 2009 de la Superintendencia Nacional de Salud pues, en su sentir, la Sala Octava es incompetente para hacerlo.

La Sala no comparte esta conclusión. Ante un argumento similar al ahora presentado por el Procurador, esta Sala expresó en el auto 283 de 2010 que una Sala de Revisión de la Corte Constitucional tiene competencia para clarificar el alcance de una sentencia de constitucionalidad cuando ello es necesario para que los operadores jurídicos no desconozcan los derechos involucrados en esta, siempre y cuando se respeten los términos en los cuales se reconocieron tales derechos. En este sentido, se dijo, una Sala de Revisión es plenamente competente para *“tomar medidas tendentes a garantizar la adecuada protección de los derechos en cuestión”* ya

que ello *“resulta ser el ejercicio de la función reconocida a la Corte Constitucional en sede de revisión de la acciones de tutela, la que tiene como fundamento principal más allá de la solución específica del caso, lograr la unificación sistemática de la jurisprudencia y de la interpretación normativa de los jueces y magistrados conforme a los principios y derechos consagrados en la Constitución”*.

Eso fue precisamente lo que hizo la Sala Octava en la sentencia T-585 de 2010. Si el decreto suspendido provisionalmente reglamentaba la prestación del servicio de IVE es de fundamental importancia que esta Corte –a través de sus Salas de Revisión- determine cuáles son las consecuencias que esa suspensión tiene en la aplicación de la sentencia C-355 de 2006 y para ello es vital analizar si otros actos administrativos que regulan el tema conservan su vigencia y fuerza vinculante. Todo con el fin de que no se obstaculice ilegítimamente el cumplimiento de la sentencia de constitucionalidad mencionada y el ejercicio del derecho a la IVE, en los mismos términos en los cuales fue reconocido en ella.

Además, no se invadieron las competencias del Consejo de Estado como lo sugiere el Procurador, pues la Sala Octava no desconoció que el decreto 4444 de 2006 no se puede aplicar por estar suspendido provisionalmente y tampoco se abrogó la facultad de decidir de forma definitiva sobre la constitucionalidad o legalidad del mismo. Por el contrario, partiendo de la base de la suspensión provisional, determinó los efectos que ello tiene en la aplicación de la sentencia C-355 de 2006 y respecto de otros actos administrativos relacionados con la IVE.

Agrega el Procurador que el único fundamento legal del Acuerdo 350 de 2006 del Consejo Nacional de Seguridad Social y de la Circular Externa 058 de 2009 de la Superintendencia Nacional de Salud es el decreto suspendido provisionalmente por lo que se *“reconoce validez jurídica a normas que han sido expedidas con base en el decreto suspendido”* y anota que estas entidades *“no tienen competencia legal o constitucional para reglamentar directamente la Constitución Política y mucho menos para reglamentar instrumentos internacionales”*.

Estas razones no encajan en ninguna de las causales de nulidad y, así, sólo pretenden reabrir el debate y examinar controversias que ya han sido definidas. Según la jurisprudencia reiterada de esta Corte, al solicitar la nulidad de una sentencia de revisión no es suficiente el expresar razones o interpretaciones diferentes a las de la Sala ya que la mera inconformidad con la interpretación realizada o con los criterios argumentativos que apoyan la sentencia no implican la vulneración del debido proceso sino que constituyen meras apreciaciones connaturales al desacuerdo del solicitante con la decisión. Esto es precisamente lo que sucede en este caso, el Procurador no denuncia una violación al debido proceso, sólo intenta rebatir los argumentos que presentó la Sala Octava en este punto: como la Sala Octava estimó que ni el Acuerdo 350 de 2006 del Consejo Nacional de Seguridad Social y ni la Circular Externa 058 de 2009 de la Superintendencia Nacional de Salud fueron expedidos con fundamento en el decreto 4444 de 2006, el solicitante intenta demostrar lo contrario.

Es necesario además precisar que la sentencia T-585 de 2010 no indicó que estos actos administrativos fueran normas reglamentarias de la Constitución y los tratados internacionales, como lo sugiere el escrito de nulidad. En la sentencia atacada se expresó que el acuerdo número 350 de 2006 expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud fue emitido con base en las facultades que el artículo 172 de la ley 100 de 1993 le confirió al mencionado organismo y en el caso de la Circular Externa 058 de 2009 expedida por la Superintendencia Nacional de Salud se recordó que su emisión se fundamenta en una orden judicial específica dada en la sentencia T-388 de 2009.

6.2.3.2 Argumentos dirigidos a atacar la obligación referida al protocolo de diagnóstico impuesta a entidades públicas y privadas en la sentencia T-585 de 2010. La nulidad alegada pretende reabrir el debate y examinar controversias que ya han sido definidas.

De nuevo, las razones ofrecidas no encajan en ninguna de las causales de nulidad y sólo pretenden reabrir el debate y examinar controversias que ya han sido definidas. Todas son interpretaciones diferentes a las de la Sala Octava que reflejan la mera inconformidad con la interpretación realizada o con los criterios argumentativos que apoyan las obligaciones impuestas en la parte resolutive de la sentencia T-585 de 2010, lo que no implica la vulneración del debido proceso sino meras apreciaciones connaturales al desacuerdo del solicitante con la decisión.

Aunque ello basta para desechar el segundo tipo de argumentos que conforman la tercera causal de nulidad, la Sala estima útil hacer las siguientes precisiones.

- (i) El Procurador señala que la obligación impuesta a entidades públicas y privadas en la parte resolutive de la sentencia T-585 de 2010 *“no se deriva de la Sentencia C-355 de 2006, ni de la Constitución, ni de Ley”* sino del decreto 4444 de 2006 suspendido provisionalmente *“lo que equivale a hacer caso omiso o dejar completamente sin efectos esa decisión del Consejo de Estado y a abrogarse competencias que ese Alto Tribunal ni siquiera le reconoció o admitió al Ejecutivo”*.

No es cierto que la obligación de las EPS e IPS de contar con un protocolo de diagnóstico para los casos de peligro para la vida o salud de la gestante se derive del decreto suspendido provisionalmente. Como se puede comprobar de la lectura de los fundamentos 22 y 23 de la sentencia T-585 de 2010, esta obligación la derivó la Sala Octava de los mismos derechos fundamentales utilizados en la sentencia C-355 de 2006 –reconocidos en la Constitución y en el bloque de constitucionalidad–, de los cuales a su vez emana el derecho fundamental a la IVE en los casos despenalizados. En este sentido, de ninguna forma se ha desconocido la suspensión provisional del decreto 4444 de 2006.

- (ii) A juicio del Procurador, con la obligación del protocolo de diagnóstico se *“(…) ha contrariado también lo dispuesto en la Sentencia C-355 de 2006 en el sentido de que esa decisión de constitucionalidad no necesitaba reglamentación y de que las entidades administrativas podían adoptar las decisiones de su competencia de manera autónoma”*.

Se insinúa aquí un cambio de jurisprudencia que la Sala encuentra inexistente. La sentencia C-355 de 2006 indicó que *“para todos los efectos jurídicos (...) 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. Lo anterior no obsta para que los órganos competentes, si lo consideran conveniente, expidan normas que fijen políticas públicas acordes con esta decisión”*. La competencia de las Salas de Revisión para clarificar el alcance de esta sentencia de constitucionalidad no es incompatible con lo anterior pues, aunque este desarrollo jurisprudencial no se dé, la sentencia sigue siendo directamente aplicable. Tal desarrollo tampoco excluye la posibilidad de las entidades administrativas de expedir reglamentaciones respetuosas de la Constitución y de la jurisprudencia constitucional.

- (iii) Estima el Procurador que al disponerse que el “*supuesto*” derecho a la IVE incluye una faceta de diagnóstico se reglamentó uno de los requisitos dispuestos en la sentencia C-355 de 2006. Ello, en su sentir, usurpa “*la función y las competencias del Legislador*”.

Se reitera una vez más lo expresado en el auto 283 de 2010 en el sentido de que las Salas de Revisión de la Corte Constitucional tienen competencia, no para reglamentar, sino para clarificar el alcance de una sentencia de constitucionalidad y tomar medidas tendentes a garantizar la adecuada protección de los derechos reconocidos en esta -siempre y cuando se respeten sus términos-, pues es parte de su función de unificar la interpretación normativa de la Constitución. Ya se explicó que eso fue precisamente lo que hizo la Sala Octava en la sentencia T-585 de 2010 al hacer patente la faceta de diagnóstico del derecho a la IVE: tomar una medida para que no se obstaculice ilegítimamente el cumplimiento de la sentencia C-355 de 2006 y el ejercicio del derecho a la IVE en los mismos términos en los cuales fue reconocido en ella.

Lo anterior de ningún modo excluye la competencia legislativa para regular de manera general la IVE o alguno de los aspectos relativos a ella. En la sentencia C-355 de 2006 se mencionó, por ejemplo, la posibilidad de legislar sobre los requisitos para proceder a la IVE sin establecer “*cargas desproporcionadas sobre el ejercicio de los derechos de la mujer*” o la opción del legislador de “*determinar que tampoco se incurre en delito de aborto en otros casos adicionales*”.

- (iv) Señala el Procurador que, en la sentencia T-585 de 2010, se dictaron órdenes a la Superintendencia Nacional de Salud y, a través suyo, a todas las EPS e IPS, aunque éstas no hacían parte del proceso de tutela y “*jamás han tenido la oportunidad de sentar su postura sobre las órdenes y obligaciones que progresivamente les ha ido imponiendo la Sala Octava de Revisión*”.

Advierte esta Sala que la orden consistente en que las EPS e IPS cuenten con un protocolo de diagnóstico rápido e integral para los eventos de IVE en la causal de peligro para la vida o la salud de la gestante, no es más que una concreción de la obligación de diagnóstico que tienen los prestadores de salud en caso de cualquier enfermedad y frente a la cual la Superintendencia debe ejercer su función. Ante esta obligación preexistente no encuentra la Sala violación alguna al debido proceso. Además, ello sólo se presentaría si se hubiera determinado que estas entidades privadas o públicas eran responsables por violación de los derechos fundamentales de la señora AA, lo cual no sucedió.

Al menos dos sentencias de tutela de esta Corte sobre IVE –T-209 de 2008^[69] y T-388 de 2009^[70]- han dado órdenes similares a entidades públicas y particulares no vinculados al proceso de tutela, sin que se considere que son nulas por esta razón. Ello se debe a que aquellas medidas son parte de las que puede tomar una Sala de Revisión para clarificar el alcance de la sentencia C-355 de 2006 y garantizar la adecuada protección del derecho a la IVE en ella reconocido, en ejercicio de su función de unificar la interpretación normativa de la Constitución.

- (v) El Procurador ataca las órdenes dadas en la sentencia T-585 de 2010 porque la Sala Octava las emitió sin declarar un estado de cosas inconstitucional y sin que se cumplieran los requisitos para dar efectos *inter comunis* a sus sentencias.

Una orden como la del protocolo de diagnóstico puede ser dada por fuera del marco de un estado de cosas inconstitucional, como en efecto se ha hecho en las sentencias T-209 de 2008 y T-388 de 2009 ya mencionadas. Sería necesario hacer esta declaración si la Corte hubiera detectado una vulneración masiva y generalizada del derecho a la IVE^[71] y, en consecuencia, requiriera ordenar la adopción de medidas más complejas y de tipo estructural, lo cual no se sugiere en la sentencia T-585 de 2010.

Adicionalmente se precisa que esta orden es de tipo general pero no corresponde a un efecto *inter comunis* ya que no está dirigida a otras personas determinables que estén en la misma situación de la peticionaria.

6.2.3.3 Argumentos dirigidos a atacar el juicio hecho en la sentencia T-585 de 2010 a la conducta del demandado y del juez de instancia. La nulidad alegada pretende reabrir el debate y examinar controversias que ya han sido definidas.

(vi) Considera el solicitante que se juzgó *“injustamente”* a los médicos que atendieron el caso.

(vii) Agrega que lo mismo sucedió con el juez de tutela, quien se adecuó a la Constitución y a la jurisprudencia al recurrir a los profesionales competentes para definir si el embarazo de la accionante ponía en riesgo su vida. Estima entonces que el juicio negativo del fallo de instancia fue una restricción ilegítima de la autonomía judicial.

Una vez más se encuentra que estas razones no corresponden a ninguna de las causales de nulidad y sólo pretenden reabrir el debate sobre la responsabilidad del demandado en la violación de los derechos fundamentales de la peticionaria y sobre la corrección del fallo de instancia, controversias que ya fueron definidas en la sentencia T-585 de 2010. Todas son interpretaciones diferentes a las de la Sala Octava que reflejan la mera inconformidad con la interpretación realizada o con los criterios argumentativos, lo que no implica la vulneración del debido proceso sino meras apreciaciones connaturales al desacuerdo del solicitante con la decisión.

Por las razones anotadas la tercera causal de nulidad alegada será rechazada.

Debido a que ninguna de las tres causales presentadas por el Procurador prosperó, su petición de nulidad será negada junto con las otras peticiones que la acompañan pues se derivan de la misma.

7.- Sobre la violación de la reserva de la identidad de la señora AA y de su derecho a la confidencialidad en el ámbito médico. Consecuencias.

En la sentencia T-585 de 2010, *“por estar profundamente involucrada la dignidad de la actora”*, la Sala Octava decidió *“no hacer mención al nombre de la titular de los derechos como medida para garantizar su intimidad, su buen nombre y su honra”*. Además, por esta misma razón, en el numeral cuarto de la parte resolutive se ordenó *“a la Secretaría de esta Corporación así como al juez de instancia que conoció de este proceso para que tomen las medidas adecuadas con el fin de que guarden estricta reserva y confidencialidad en relación con el mismo y en especial con la identidad e intimidad de la peticionaria”*. Esta misma medida ha sido tomada por todas las Salas de Revisión de esta Corte que han conocido casos de mujeres que solicitan la IVE mediante tutela^[72].

El diecinueve (19) de noviembre de 2010 el expediente de tutela T-2.597.513, decidido mediante la sentencia T-585 de 2010, fue devuelto por la Secretaría General de esta Corte al juzgado YY -juzgado de instancia- en cumplimiento del artículo 36 de decreto 2591 de 1991.

El catorce (14) de diciembre de 2010, la Procuradora Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia –Ilva Myriam Hoyos Castañeda- solicitó al despacho del magistrado sustanciador –Humberto Antonio Sierra Porto- copia del expediente T-2.597.513. Esta solicitud fue negada al día siguiente en vista de la orden dada por la Sala Octava en el numeral cuarto de la referida sentencia, de conformidad con la cual se debe guardar estricta reserva y confidencialidad en relación con el proceso de tutela y la identidad e intimidad de la peticionaria.

A pesar de lo anterior, advierte esta Sala que el Procurador General de Nación adjunta a su escrito de nulidad copia íntegra del expediente de tutela T-2.597.513 (anexo 2). La copia revela que no se tomó ninguna medida adecuada para guardar estricta reserva y confidencialidad en relación con la identidad e intimidad de la peticionaria ya que en ella se puede leer su nombre y sus datos de identificación, tales como su cedula de ciudadanía, su dirección de residencia, el número de su teléfono celular, así como apartes de su historia clínica, la cual además goza de reserva legal por sí misma.

En efecto, la Ley 23 de 1981 en el artículo 34 expresa que 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”*. A su turno la Resolución No. 1995 de 1999 determina que *“podrán acceder a la información contenida en la historia clínica, en los términos previstos en la Ley: 1. El usuario. 2. El Equipo de Salud. 3. Las autoridades judiciales y de Salud en los casos previstos en la Ley. 4. Las demás personas determinadas en la ley. Parágrafo. El acceso a la historia clínica, se entiende en todos los casos, única y exclusivamente para los fines que de acuerdo con la ley resulten procedentes, debiendo en todo caso, mantenerse la reserva legal”*. Nótese que una solicitud de la Procuraduría General de la Nación no corresponde a ninguna de estas hipótesis ya que no es una autoridad judicial y ni siquiera es competente para juzgar a la señora AA.

De conformidad con los hechos y el marco jurídico descrito, estima la Sala que se desconoció la orden dada en el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia T-585 de 2010 y posiblemente la reserva legal de la historia clínica de señora AA, lo que amerita compulsar copias para que se investigue disciplinariamente a los posibles responsables de la misma. Estos podrían ser el juez ZZ y los funcionarios del juzgado YY, pues el Procurador General de la Nación manifiesta que conoció la decisión cuestionada el tres (3) de diciembre de 2010^[73] y el expediente de tutela T-2.597.513 fue enviado a tal juzgado desde el diecinueve (19) de noviembre de 2010 por la Secretaría de esta Corporación. Así mismo es necesario advertir al juez ZZ que, en adelante, deberá dar estricto cumplimiento al numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia T-585 de 2010. Nótese que la orden explicada no se debe a la forma como el juez mencionado falló la acción de tutela interpuesta por la señora AA, pues todos los jueces –sin importar su jerarquía- son autónomos en sus decisiones, dentro del marco del ordenamiento jurídico. Las únicas razones que llevan a la Corte a dar esta orden son el mencionado desconocimiento de la orden dada en el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia T-585 de 2010 y la posible trasgresión de la reserva legal de la historia clínica de señora AA.

También encuentra la Sala que el escrito de nulidad presentado por el Procurador General de la Nación relata que la Procuradora Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia –Ilva Myriam Hoyos Castañeda- *“sin mucho esfuerzo (...) consiguió comunicarse telefónicamente*

con la mencionada médica XX, quien le explicó la anotación hecha por su mismo puño y letra [en la orden de remisión de la señora AA al especialista en ginecología], confirmando que al momento de la consulta descrita la paciente AA no hizo ninguna solicitud de aborto (...) Y le remitió una aclaración por ella suscrita”.

Lo anterior podría constituir una falta ética de la médica XX ya que la solicitud de la Procuradora Delegada no encaja en ninguno de los eventos en que se autoriza a revelar el secreto profesional, lo que amerita compulsar copias al Tribunal de Ética Médica del Meta. El artículo 38 de la ley 27 de 1981^[74] prescribe que *“la revelación del secreto profesional se podrá hacer:*

a) Al enfermo, en aquello que estrictamente le concierne o convenga;

b) A los familiares del enfermo, si la revelación es útil al tratamiento, salvo en el caso de que el paciente estando en condiciones de tomar por sí mismo la decisión de autorizar el levantamiento del secreto profesional médico a sus familiares, se oponga a ello;

c) A los responsables del paciente, cuando se trate de menores de edad o de personas mentalmente incapaces, sin perjuicio del derecho del menor, de acuerdo con su grado de madurez y del impacto del tratamiento sobre su autonomía actual y futura, para decidir sobre la práctica de un determinado tratamiento y sobre la reserva de ciertos datos de su intimidad;

d) A las autoridades judiciales o de higiene y salud, en los casos previstos por la ley, salvo cuando se trate de informaciones que el paciente ha confiado al profesional y cuya declaración pueda implicar autoincriminación, y siempre que en los informes sanitarios o epidemiológicos no se individualice al paciente;

e) A los interesados cuando por defectos físicos irremediables o enfermedades graves infecto-contagiosas o hereditarias, se pongan en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia, 'bajo el entendido de que la situación a la que se alude objetivamente corresponda a un peligro cierto e inminente y siempre que no exista un medio idóneo distinto para conjurarlo”.

De nuevo, la orden explicada no se debe a la forma como la médica XX procedió en relación con la petición de IVE de la señora AA, pues todos los profesionales en la salud son autónomos para ejercer su criterio médico, dentro del marco del ordenamiento jurídico. La única razón que lleva a la Corte a dar esta orden es la posible falta ética de la médica XX al revelar ilegítimamente el secreto profesional que existía respecto de la consulta médica en la cual atendió a la señora AA.

Lo sucedido tiene además otros efectos. Según el comunicado de prensa de quince (15) de septiembre de 2011 emitido por la Procuraduría General de la Nación^[75], el siete (7) de febrero de 2011 la Procuradora Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia -Ilva Myriam Hoyos Castañeda- solicitó a la Fiscal General de la Nación *“que adelante las gestiones y adopte las decisiones necesarias para que el caso que dio lugar a la Sentencia T-585 de 2010 sea investigado a fondo”.* A raíz de ello, el primero (1) de marzo de 2011 la Fiscalía General de la Nación informó a la citada procuradora que *“en cuanto a los hechos relacionados con el presunto aborto que se practicó la mujer que figura como accionante en la referida sentencia, se dispuso lo pertinente, a fin de que se inicie la investigación a que haya lugar”.* Ante ello la Sala considera de vital importancia poner en conocimiento de la Fiscal General de la Nación la violación de la reserva de la identidad de la señora AA y el posible desconocimiento de su derecho a la confidencialidad en el ámbito médico, razón por la cual le enviará copia del presente auto con destino a la investigación penal que, al parecer se inició, con el objetivo de que allí se determinen las

consecuencias que ello tiene respecto de la legalidad de la denuncia y de las pruebas que posiblemente la acompañaron.

Esta comunicación dos finalidades adicionales. En primer lugar que esta institución, con respeto de la Constitución y de las leyes, determine la forma de proceder durante esta investigación en lo que toca con la recolección de las pruebas, teniendo en cuenta la reserva que pesa sobre la identidad de la señora AA y su historia clínica, así como el secreto profesional que deben respetar los médicos que la atendieron. En segundo lugar advertirle que, sin vulnerar su independencia y autonomía, para la Sala no resulta evidente que la señora AA haya incurrido en un delito pues, como se concluyó en la sentencia T-585 de 2010, la falta de un diagnóstico rápido y oportuno por parte del demandado impidió determinar si su salud mental se encontraba en riesgo lo que le habría dado derecho a exigir la IVE sin consecuencia penal alguna. Así, el sólo hecho que haya terminado su embarazo por fuera del sistema de salud no significa automáticamente que haya incurrido en el delito de aborto.

Para finalizar, la Sala resalta que la violación de la reserva del proceso de tutela y de la identidad de peticionaria, la posible trasgresión de la reserva de la historia clínica y el probable desconocimiento del secreto profesional son todas conductas sumamente graves al tratarse de un caso de IVE por dos razones. En primer lugar porque pueden disuadir o desestimular a las mujeres de acudir a la justicia para reclamar su derecho a la IVE. Por el contrario, si una mujer que cree estar incurso en alguna de las causales de la IVE que están despenalizadas sabe que estas garantías serán respetadas, no dudará en acudir a los jueces a exigir su derecho ante una negativa injustificada. Así, este respeto crea las condiciones para garantizar el derecho fundamental al acceso a la justicia de las mujeres quienes, como ya se explicó, han sido tradicionalmente discriminadas en este ámbito y, en consecuencia, desconfían en forma generalizada de los jueces y no acuden a los mismos para exigir sus derechos, lo que perpetúa su situación como grupo discriminado. En segundo lugar porque la ausencia de estas garantías puede llevar a las mujeres que se encuentran incursas en las hipótesis despenalizadas y desean someterse a una IVE a no acudir al sistema de salud sino a sitios clandestinos, donde se pueden ver comprometidas gravemente su vida y su salud. Como ya se indicó, consecuencias similares tiene la imposición a los jueces y médicos de una obligación de denuncia a toda mujer que solicite someterse a una IVE por considerar estar incurso en alguno de los eventos despenalizados.

Por ello, la Sala estima que es necesario aclarar que:

- (i) Todo juzgado que conozca de una tutela interpuesta para exigir el derecho fundamental a la IVE tiene, en principio, la obligación de reservar la identidad de la titular del derecho y cualquier otro dato que conduzca a su identificación, lo que incluye, entre otros, su documento de identificación, lugar de residencia, números telefónicos, nombres de familiares, hijos, cónyuges o compañeros y personal médico que la atendió. Si dentro del expediente de tutela se encuentran apartes de una historia clínica, el juez debe respetar la reserva de estos documentos en los términos de la ley 27 de 1981 y demás normas aplicables. La anterior regla sólo tendría una excepción en casos que generen una grosera violación del ordenamiento jurídico.
- (ii) Ningún juez está obligado a denunciar penalmente a la mujer que interponga una acción de tutela para exigir su derecho fundamental a la IVE.
- (iii) El personal médico y sus auxiliares deberán respetar la reserva de la historia clínica y el secreto profesional en el caso de las mujeres que acuden a solicitar una IVE, en los términos de la ley 27 de 1981 y demás normas aplicables.

En mérito de lo expuesto la Sala Plena de la Corte Constitucional,

RESUELVE:

Primero: DENEGAR la solicitud de nulidad de la sentencia T-585 de 2010 proferida por la Sala Octava de Revisión y, en consecuencia, las demás peticiones contenidas en el escrito de nulidad.

Segundo: COMPULSAR copias del presente auto al Consejo Seccional de la Judicatura del Meta para que investigue las faltas disciplinarias que se derivan de los hechos descritos en el numeral 7 de la parte motiva del presente auto y cuyos posibles responsables podrían ser el juez ZZ y los funcionarios del juzgado YY.

Tercero: ADVERTIR al juez ZZ que debe dar estricto cumplimiento al numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia T-585 de 2010, el cual le ordenó tomar las medidas adecuadas con el fin de que se guarde estricta reserva y confidencialidad en relación con el proceso de tutela y en especial con la identidad e intimidad de la peticionaria.

Cuarto: COMPULSAR copias del presente auto al Tribunal de Ética Médica del Meta para que investigue la posible comisión de una falta ética por parte de la médica XX por los hechos descritos en el numeral 7 de la parte motiva del presente auto.

Quinto: ENVIAR copia de la versión pública del presente auto a la Fiscal General de la Nación con destino a la investigación penal que al parecer se inició por los hechos de la sentencia T-585 de 2010 con el fin de que en ella se tenga en cuenta lo referido en el numeral 7 de la parte motiva del presente auto.

Sexto: Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Presidente
Con salvamento de voto

MARIA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado
Ausente con permiso

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ
Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO
Magistrado

NILSON ELIAS PINILLA PINILLA
Magistrado
Con salvamento de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

**SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
AL AUTO 038/12**

Magistrado Ponente:
HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Discrepo de la decisión de mayoría por cuanto, a mi juicio, sin duda alguna, la única decisión que cabía adoptar en este caso, era, exclusivamente, *“No anular”* la decisión de tutela T-585 de 2010 proferida por la Sala Octava de Revisión en cuanto dispuso *“revocar”* el fallo proferido por el juzgado 2° Penal de Circuito de Villavicencio, y *“declarar la carencia actual de objeto”*, decisión que, en sí misma, junto con la de ordenar al Hospital de Villavicencio contar con un protocolo de diagnóstico rápido e integral para mujeres embarazadas, cuya vida o salud pueda estar en serio peligro por su estado de gestación y la impartida a la Superintendencia Nacional de Salud para que, en los casos antes señalados, verifique la adopción e implementación de ese protocolo por parte de las instituciones públicas o privadas de salud, no contraviene la jurisprudencia de la Sala Plena de la Corte en los precisos y exigentes términos señalados por esta Corporación al estudiar análogas solicitudes de nulidad contra fallos de tutela de las Salas de Revisión, incidentes de nulidad en los cuales, como se sabe, no cabe discutir ni revisar los alcances del fallo sino, exclusivamente, si la decisión adoptada por la Sala de Revisión vulnera o no la jurisprudencia sentada por la Sala Plena en una sentencia o sentencias en las que se haya tratado y definido un específico punto de derecho.

Al margen de la indiscutible carga ética, ideológica, filosófica e inclusive religiosa que subyace en torno al tema del aborto, enmarcado en la situación particular objeto de discusión, la labor de la Sala Plena debió concretarse a definir si la manera como se pronunció la Sala Octava de Revisión al resolver la tutela T-585 de 2010, desconocía jurisprudencia de la Sala Plena sentada en algún pronunciamiento específico y al respecto lo que se advierte es que, en realidad, quien promueve el incidente no precisó cuál sentencia o sentencias de la SALA PLENA de la Corporación, estaba siendo desconocida o quebrantada en cuanto a la definición de temas como la *“carencia actual de objeto”* o el *“hecho superado”* o el *“daño consumado”*. Aquí no cabía invocar antecedentes adoptados por otras Salas de Revisión en relación con dichos temas. El incidente de nulidad se planteó argumentándose que la Sala Octava de Revisión desconoció los parámetros sentados en la Sentencia C-355 de 2006, respecto de los casos en los que el aborto quedó despenalizado pero lo cierto es que el fallo de tutela cuya nulidad se pide no autorizó practicar ningún aborto, pues entorno al punto, lo que decidió fue declarar la carencia actual de objeto al establecer que la gestante, de tiempo atrás, sin saberse cuando, ya había abortado para el momento en que la Sala de Revisión iba a fallar.

El gran desacierto en que incurrió la Sala Octava de Revisión, a mi juicio, consistió en que, a partir de la *“inoportuna”* atención que se le dio a la mujer embarazada, de que aquí se trata, a quien no se le valoró *“psicológicamente”* ni se le programó cita de control durante los meses de diciembre de 2010 y enero de 2011, según lo que ella afirma, a pesar de su *“riesgoso”* embarazo, dio por configurado uno de los supuestos en el que el aborto quedó despenalizado, esto es, *“cuando la continuación del embarazo constituye peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico”* en los términos de la Sentencia C-355 de 2006, no obstante que, en realidad, en este caso, ningún médico u algún otro

profesional de la salud avaló, aseveró, sugirió, ni mucho menos “CERTIFICÓ” que, de algún modo, la vida o la salud de la gestante, por su condición de tal, corría peligro si continuaba su embarazo, sino que, por el contrario, los dictámenes médicos allegados al expediente lo que inequívocamente indican es que la paciente “...no tiene preclamsia ni enfermedad orgánica que ponga en peligro inminente su vida como lo consagra la ley para interrumpir el embarazo...” luego es manifiesto que en el asunto examinado no quedó demostrado que el aborto que se practicó la gestante estuviese incurso en la causal de despenalización que pretendía invocarse y que sin razón ni fundamento se supuso. Circunstancia ésta última que, a no dudarlo, dejaba abierta la posibilidad de que dicho aborto sí constituyese delito, en el entendido de que en el derecho penal colombiano, artículo 122 de la Ley 599 de 2000, tal conducta sí sigue siendo delito por disposición expresa del legislador, aspecto cuya constitucionalidad fue expresamente avalada por esta Corporación en la Sentencia C-355 de 2006, salvo tres supuestos específicos, ninguno de los cuales aparece tipificado en este caso.

Así las cosas, el hecho de que subsistiera la posibilidad de que el aborto, en la situación dilucidada, fuera delito por no concurrir ninguno de los eventos en los que operó su despenalización, claramente habilitaba a las autoridades competentes para investigar la criminalidad de lo ocurrido, lo mismo que facultaba al Ministerio Público para denunciar el eventual desconocimiento de la ley, de acuerdo con sus inequívocas atribuciones constitucionales (art. 277 C. P.), motivo por el cual discrepo de que la Sala Plena al resolver el incidente de nulidad, adicionalmente a lo que ha debido ser el meollo de su decisión, haya ordenado investigar a quienes suministraron información o documentos a la Procuraduría, que ha venido actuando en el interés de que se investiguen unos hechos que, conforme se ha indicado, claramente, podían constituir infracción de la ley penal. Las investigaciones ordenadas contra el Juez del Circuito de Villavicencio, que conoció la tutela, los empleados de su juzgado, los servidores públicos médicos del Hospital de Villavicencio, por suministrar información o documentos a la Procuraduría General de la Nación, que en este caso obró en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, al propugnar por que se investigara una situación frente a la cual existían serios “*indicios*” de que pudo cometerse un hecho ilícito, como es el caso del delito de aborto en los supuestos no despenalizados, con el argumento de que se violó una reserva, claramente desconoce el ordenamiento legal y constitucional que nos rige.

En efecto, conforme lo establece el artículo 277 de la Constitución el Procurador General de la Nación por sí o por intermedio de sus delegados y agentes, **sin que para ello se requiera intermediación o desarrollo legislativo**, cuenta entre sus funciones: (i) vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos, (ii) proteger los derechos humanos, (iii) defender los intereses de la sociedad, (iv) intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, el patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales, (v) **exigir a los funcionarios públicos y a los particulares la información que considere necesaria, para el cabal ejercicio de dichas atribuciones**, las cuales se asimilan a las de policía judicial y podrá interponer las acciones que considere necesarias. Así las cosas, a mi juicio, de conformidad con las anteriores prescripciones constitucionales, nada impedía al Ministerio Público que, a través de sus agentes, propiciara la investigación de unos hechos que, como quedó visto, podían constituir delito en las circunstancias ya señaladas, según dictámenes médicos claros e inequívocos que en modo alguno fueron desvirtuados.

Luego, las investigaciones ordenadas bajo la consideración de que los servidores públicos implicados incurrieron en anomalías porque suministraron información o documentos a los agentes del Ministerio Público, lo cual a mi juicio, **claramente no ocurrió**, también ha debido, si se quería actuar consecuentemente, extenderse a los agentes del Ministerio Público que solicitaron la información y no solo afectar a los sujetos más débiles de la situación que se presentó, teniendo en cuenta que los

servidores públicos, llamados a investigación, no hicieron cosa distinta que suministrar, dándole pleno cumplimiento a las normas constitucionales citadas, la información o documentos que el Ministerio Público válidamente les solicitó a objeto de propiciar una investigación penal en torno a si, en el caso concreto de que aquí se trata, se estaba desconociendo o no el ordenamiento jurídico, principalmente en materia penal.

A mi modo de ver no se ajusta a la Constitución, y en particular, a los precisos señalamientos del artículo 277, hacer valer la figura de la reserva de los hechos y la confidencialidad en relación con la identidad e intimidad de las personas frente a las atribuciones que tiene el Ministerio Público de velar por el cumplimiento de las leyes y la defensa del ordenamiento jurídico, menos aun cuando se está frente a la eventual comisión de hechos punibles por cuanto ello conduciría a coartar indebidamente el cabal desempeño de las competencias de dicho órgano, lo cual no significa que el suscrito magistrado este en desacuerdo con que en los casos en que se presente una acción de tutela por parte de una mujer embarazada que, válidamente, alegue estar incurso en los supuestos despenalizados del delito de aborto, la Corte continúe, como lo ha venido haciendo, guardando la reserva de su identidad, por razones que son claramente comprensibles, lo cual no es óbice, se reitera, para que en los casos en los que se demuestre que lo que ha ocurrido es que se ha practicado un aborto no justificado, conforme a la Sentencia C-355 de 2006, y que, por ende, tal proceder podría tipificar delito, se investigue por los órganos competentes la ilicitud o no de esa conducta.

En el caso examinado, habida consideración de las múltiples evidencias que obran en el expediente, en particular, los diagnósticos médicos que dan cuenta de que el estado de salud de la gestante no justificaba el que para preservar su vida o su salud, se sacrificara la del *naciturus*, razón por la cual no se expidió certificación en ese sentido, a mi juicio, la decisión adoptada por el juez del conocimiento ha debido confirmarse, pues una deficiente o tardía atención médica, como la que se dio en este caso, en principio no sufre ni permite interpretarse como que ella reemplaza la certificación médica que da cuenta del peligro de la vida o la salud de la gestante, que requiere el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, en los términos de la Sentencia C-355 de 2006. No obstante lo anterior, el incidente de nulidad no estaba llamado a prosperar por cuanto no se demostró la requerida vulneración de la jurisprudencia de la Sala Plena, como ya se indicó, y el hecho de que se discrepe de la manera como una Sala de Revisión decide una acción de tutela, y es frecuente que ello ocurra, no da pie para que la Sala Plena la anule, por no ser esa la circunstancia que, se insiste, debe verificarse para adoptar una decisión en ese sentido.

Debo señalar que no comparto la interpretación que hace la Sala Plena de la Corte respecto de la oportunidad con la que cuenta el Ministerio Público o cualquier tercero, para efectos de interponer el incidente de nulidad contra un fallo de tutela adoptado por una Sala de Revisión, **cuando no se ha tenido oportunidad de intervenir en la actuación respectiva a pesar de que su vinculación debió darse por la afectación que se le genera por el cumplimiento de las órdenes impartidas en el fallo**, pues en no pocas oportunidades la Sala Plena ha aceptado que frente a esas situaciones, el término con que cuentan los intervinientes no necesariamente es el de los tres días siguientes a la notificación de la providencia que decide la tutela, pues si no ha hecho parte de la actuación respectiva cómo es posible que se le otorguen tres días a un tercero para realizar un acto procesal, a partir de una notificación que no conoce.

En todo caso, dicho aspecto no debió dilucidarse en esta oportunidad por cuanto no hace parte de la situación fáctica a tener en cuenta, debido a que el Ministerio Público, sí interpuso el incidente en el término de ejecutoria de la sentencia de tutela.

Particularmente, considero desacertada la argumentación contenida en el proyecto de decisión del cual discrepo según la cual:

“...la falta de un diagnóstico rápido y oportuno por parte del demandado impidió determinar si su salud mental se encontraba en riesgo, lo que habría dado derecho a exigir la interrupción voluntaria del embarazo sin consecuencia penal alguna. Así, el solo hecho que haya terminado su embarazo por fuera del sistema de salud, no significa automáticamente que haya incurrido en el delito de aborto.”

Lo anterior en razón de que una sencilla y elemental valoración de lo que allí se expresa necesariamente conduce a concluir que lo procedente frente a la duda sobre si se había cometido o no un hecho ilícito era precisamente investigar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que la gestante se practicó el aborto, esto es, quién, cómo y cuándo éste se realizó, estableciéndose a plenitud las particularidades de dicho proceder. La respuesta frente a los acontecimientos que sí aparecen demostrados en este proceso, no puede ser simplemente darle vía libre a la presunción de que se configuró una causal de despenalización del aborto cuando no existe ningún tipo de soporte objetivo para ello. Menos aun cabe admitir que con base en esa presunción, carente de sólido fundamento, se haya ordenado, por vía general, como si se estuviese legislando, sin que ello sea el objeto de la nulidad que se resuelve, y en contravía de lo que el legislador penal establece en el artículo 67 de la Ley 906 de 2004^[76]:

“que todo juzgado que conozca de una tutela interpuesta para exigir el derecho fundamental a la IVE, tiene la obligación de reservar la identidad de la titular del derecho y cualquier otro dato que conduzca a su identificación...” “ningún juez está obligado a denunciar penalmente a una mujer que interponga una acción de tutela para exigir su derecho fundamental al IVE...” “El personal médico y sus auxiliares deberá respetar la reserva de la historia clínica y el secreto profesional en el caso de las mujeres que acuden a solicitar una IVE, en los términos de la Ley 27 de 1981 y demás normas aplicables”.

Tal “reglamento”, calificativo admisible atendiendo la naturaleza impersonal y general de las “órdenes que se imparten, a no dudar, desborda los alcances del caso examinado pues no se acompasa, en lo más mínimo, con el hecho de que la situación que se ha tenido a la vista lo que sugiere es que, según quedó expresado, se está frente a un supuesto en el que bien pudo tipificarse el delito de aborto, por cuanto no se demostró ninguna de las excepciones configurativas de los supuestos que justifican su despenalización debido a que no se estableció médicamente que la vida o salud de la gestante estaba seriamente afectada, en los términos exigidos por la Sentencia C-355 de 2006. De modo que impartir una regulación como la señalada, obra en contravía de los hechos que fueron objeto de dilucidación en el contexto del trámite del incidente de nulidad, lo que coloca a dichos señalamientos, que en el proyecto de decisión se califican como “aclaraciones”, como verdaderos “dichos al pasar”, esto es, en lo que se conoce como un “*obiter dictum*” de la *ratio decidendi*.

De esta manera, considero que con la decisión comentada se está usurpando y desplazando al órgano legislativo, por cuanto se libera a los ciudadanos en general y a quienes ostentan la calidad de servidores públicos en particular, conocedores de una situación en la que se puede estar incurso en un delito, cumplir con el mandato que les ha sido impuesto por el artículo 67 de la Ley 599 de 2000, según el cual:

“Toda persona debe denunciar, a la autoridad los delitos de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse. El servidor público que conozca de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio, iniciará sin tardanza la investigación si tuviere

competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento ante la autoridad competente”.

Lo anterior cabe entenderlo así pues, a no dudarlo, con la decisión de la cual discrepo, se contraría flagrantemente lo señalado por el Congreso de la República, en ejercicio de su legítima función constitucional, al indicar que “no es obligación” del juez denunciar penalmente tales casos, modificando sustancialmente la prescripción penal mencionada pues, en tanto que ella dispone que “toda persona”, incluidos los jueces, “debe denunciar” los delitos de que tenga conocimiento, la Corte en un auto que resuelve una simple nulidad procesal, fuera de todo contexto, asumiendo el rol de legislador positivo, señala que para algunas personas tal deber de denunciar no “constituye una obligación.”

En síntesis, a pesar de que la aludida norma penal no estaba siendo demandada la Corte modificó sustancialmente su enunciado normativo, por vía de una supuesta aclaración, según la cual, lo que en la ley “es un deber” de primerísimo orden e importancia, (denunciar posibles delitos de que se tenga conocimiento) ha dejado de serlo en ciertas circunstancias. Lo cual se constituye en un típico “obiter dictum” desde el punto de vista de que el tema que se estaba decidiendo no era otro que establecer si se anulaba o no una sentencia de revisión por desconocer la jurisprudencia de la Sala Plena y en vista de que dicha “aclaración” no aparece incluida en la parte resolutive, seguramente atendiendo el contexto de lo que se estaba resolviendo, esto es, una nulidad procesal por supuesto desconocimiento de la jurisprudencia de la Sala Plena, por parte de una Sala de Revisión

¿Qué puede hacer entonces un juez ante quien se presente un tutela por parte de una mujer embarazada, quien alega que su vida corre serio peligro y que, por ende, pide autorización para abortar si científicamente, en virtud de dictámenes médicos que claramente así lo determinan, se establece que ello no es cierto, no obstante lo cual se demuestre que la gestante se indujo el aborto por cuenta propia.?

¿Qué debe hacer dicho funcionario si conoce de una acción de tutela en la cual la gestante pide autorización para abortar alegando “haber sido violada” o que “el feto resulta inviable” si en la actuación respectiva se descarta “plenamente” tanto una cosa como la otra, no obstante lo cual la peticionaria decide abortar por sus propios medios y ello queda consignado en el expediente respectivo o el juez conoce dicha situación posteriormente.?

¿Será que frente a situaciones como las comentadas en las que claramente lo que se evidencia es que pudo configurarse un aborto “no despenalizado”, esto es, el delito de aborto, tendrán los jueces que permanecer impróvidos, ajenos e ignorantes de lo sucedido, según lo que sugieren las directrices del auto proferido por la Sala Plena.?

¿En tales eventualidades lo correcto y apropiado no será acaso darle cabal cumplimiento a las prescripciones del artículo 67 del Código Penal.?

¿En situaciones como las comentadas por qué dichos jueces deben desconocer las atribuciones constitucionales del Ministerio Público absteniéndose de suministrarle cualquier información sobre el asunto cuando este pretenda que se investigue lo sucedido.?

¿Será acaso procedente que en las situaciones comentadas dejen de aplicarse las normas constitucionales consagratorias de las atribuciones del Ministerio Público por virtud de las “aclaraciones” formuladas en el auto de la Sala Plena.?

En la práctica las dudas planteadas generan múltiples incertidumbres que la Sala Plena no ha debido suscitar si no las iba a absolver convenientemente, frente a las diversas eventualidades posibles. De ahí que lo apropiado debió ser ajustarse al caso concreto y al meollo de la discusión, simplemente, negando la nulidad en cuestión

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

[1] [“Consideran los demandantes que las disposiciones acusadas vulneran los siguientes derechos constitucionales: el derecho a la dignidad (Preámbulo y artículo 1º de la C. P.), el derecho a la vida (art. 11 de la C. P.), el derecho a la integridad personal (art. 12 de la C. P.), el derecho a la igualdad y el derecho general de libertad (art. 13 de la C. P.), el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 de la C. P.), la autonomía reproductiva (art. 42 de la C. P.), el derecho a la salud (art. 49 de la C. P.) y las obligaciones de derecho internacional de derechos humanos (art. 93 de la C. P.)”.]

[2] Se refiere a las Observaciones a Colombia del Comité de Derechos Humanos, encargado de monitorear el cumplimiento del Pacto de Derechos Civiles y Políticos del 5 de mayo de 1997 y del 26 de mayo de 2004; Observaciones a Colombia del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, encargado de monitorear la CEDAW del 3 de febrero de 1999; Recomendaciones a Colombia del Comité de Derechos del niño/a, encargado de monitorear la Convención por los Derechos del Niño /a del 16 de octubre de 2000 y Recomendaciones a Colombia del Comité Interamericano de Derechos Humanos del 26 de febrero de 1999.

[3] Ver autos 063 de 2010, 059 de 2010, 074 de 2010, 009 de 2010, 016 de 2010 y 026 de 2010, entre otros.

[4] Mediante Auto 050 de 2000, la Corte declaró la nulidad de la Sentencia T-157 de ese mismo año, donde por un error involuntario, ante el cambio de ponencia, profirió una sentencia cuya parte motiva difería completamente de su parte resolutive.

[5] Autos 063 de 2010, 059 de 2010, 074 de 2010, 009 de 2010, 016 de 2010 y 026 de 2010, entre otros.

[6] Auto 031A de 2002. En el mismo sentido, los autos 063 de 2010, 059 de 2010, 074 de 2010, 009 de 2010, 016 de 2010 y 026 de 2010.

[7] Autos 063 de 2010, 059 de 2010, 074 de 2010, 009 de 2010, 016 de 2010 y 026, entre otros.

[8] Sobre el plazo para interponer la solicitud de nulidad de una decisión proferida por la Corte Constitucional se afirma en el auto 163A de 2003: “El artículo 31 del Decreto 2591 de 1991 señala: ‘Dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación el fallo podrá ser impugnado por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato’. La Sala considera que ante la ausencia de norma legal expresa que indique el término dentro del cual se debe proponer o alegar la nulidad de cualquier sentencia proferida por esta Corporación que se origine en la misma, procede hacer uso de la aplicación analógica y aplicar el término de los tres (3) días señalado en el artículo 31 antes citado para proponer cualquier nulidad que se origine en la sentencia, por considerar además que se dan los tres (3) presupuestos básicos para acudir a la aplicación del principio de la analogía, así:

- a) Ausencia de norma que establezca el término procesal dentro del cual ha de
- b) presentarse la solicitud de nulidad de las sentencias que profiera la Corte Constitucional.
- c) Se trata de dos (2) situaciones similares en cuanto en los dos (2) eventos se ataca la

- d) *decisión o sentencia que pone fin a una instancia o actuación; se refieren los dos (2) casos a situaciones de orden procesal dentro de la acción de tutela, y además se trata de actuaciones que se surten con posterioridad a la decisión de una instancia o actuación.*
- e) *La razón o fundamento de la existencia de un término perentorio para la presentación del escrito de impugnación del fallo es el bien jurídico fundamental y superior de la seguridad jurídica que motiva a ésta Corporación a establecer un término perentorio para la presentación de la solicitud de nulidad, como es, el determinar en forma clara y precisa la oportunidad para el ejercicio de una facultad procesal, en virtud del principio de la preclusión que orienta en forma general la actividad procesal y en aras de salvaguardar valores del derecho como la seguridad jurídica y la justicia.*

Dicho término deberá contarse a partir de la fecha en que se notifique a las partes, la sentencia respectiva. Al respecto, el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 establece que las sentencias en que se revise una decisión de tutela deberán ser comunicadas inmediatamente al juez o tribunal competente de primera instancia, el cual notificará la sentencia de la Corte a las partes por el medio que éste considere más expedito y eficaz de conformidad con lo previsto por el artículo 16 ibídem”.

^[9] Autos 063 de 2010 y 059 de 2010.

^[10] Como lo recordó la Corte en el Auto 217 de 2006, esta afirmación se justificó, “(...) no sólo por la carencia de legitimidad para pedirla, sino, además, por las siguientes razones: (i) en primer lugar, atendiendo el principio de seguridad jurídica y de necesidad de certeza del derecho; (ii) en segundo lugar, ante la imposibilidad presentar acción de tutela contra las providencias de tutela. Y finalmente, (iii) porque es razonable establecer un término de caducidad frente a las nulidades de tutela, si incluso esa figura aplica en las acciones de inconstitucionalidad por vicios de forma”. En el mismo sentido el auto 063 de 2010.

^[11] Auto 031 de 2002. En el mismo sentido el auto 009 de 2010.

^[12] Autos 063 de 2010, 059 de 2010, 074 de 2010, 009 de 2010, 016 de 2010 y 026 de 2010, entre otros.

^[13] Autos 074 de 2010, 070 de 2010 y 074 de 2010.

^[14] Auto 009 de 2010.

^[15] Puede consultarse al respecto, entre otros, el auto 009 de 2010.

^[16] En este sentido el Auto 019A de 1999 indicó: “[L]a jurisprudencia constitucional ha dispuesto reiteradamente que no es suficiente con notificar de la existencia de un proceso a quienes se señala como demandados, sino también a quienes derivan un interés legítimo del resultado del proceso, lo cual sucede cuando el fallo puede afectarles un derecho o situación jurídica que les pertenecen. Cuando se omite lo primero, ha dicho la Corte, se vulnera el derecho al debido proceso que les asiste a los terceros y se quiebra el principio de participación dispuesto en el Preámbulo y en los artículos 1 y 2 de la Constitución Política”.

^[17] En ambos autos el Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto aclaró su voto respecto del reconocimiento de esta facultad. Estimó que “(...) no se encuentra en la Constitución una cláusula general que autorice intervenciones del Procurador en todos los procesos judiciales, en cualquier momento, ni de cualquier manera, pues toda función o actividad del mismo debe estar reglamentada (...) Si bien la Constitución dispone que el Ministerio Público tiene dentro de sus deberes el de intervenir en los procesos judiciales en defensa del orden jurídico y los derechos y las garantías fundamentales –numeral 7º del artículo 277 de la Constitución-, la hermenéutica de esta cláusula constitucional no puede ser que en cualquier proceso o en cualquier momento procesal es viable la intervención del Procurador, pues dicha interpretación estaría en contra de la libertad de configuración del legislador en esta materia. Las posibilidades de actuación derivadas de la disposición constitucional citada deben entenderse supeditadas a la regulación legal que se haga al respecto; en consecuencia, la eficacia de los contenidos normativos constitucionales no puede implicar el desconocimiento automático de las normas que reglamentan para los casos concretos el ejercicio de las funciones del Ministerio Público; mucho menos, tratándose de reglamentaciones relativas a procedimientos, cuyo respeto configura el contenido principal del derecho fundamental al debido proceso de las partes en sede judicial. (...) Ahora bien, en el caso específico de los procesos judiciales ante la Corte Constitucional, el numeral 2º del artículo 242 de la Constitución contiene una función del Procurador General de la Nación consistente en su participación en los mismos: ‘2. El Procurador General de la Nación deberá intervenir en todos los procesos’. A mi juicio esta disposición, en el caso de los procesos de tutela, prevé una función facultativa en cabeza del jefe del Ministerio Público –que no preceptiva- pues de lo contrario, se llegaría a la absurda conclusión que todos aquellos en donde no haya participado el Jefe del Ministerio Público estarían incurso en causal de nulidad, por contradecir mandatos constitucionales a ellos aplicables. En este orden de ideas, el Procurador podrá intervenir en los procesos de tutela que se sigan ante esta Corte en aquellos casos en que su objetivo sea defender el orden jurídico y los derechos y las garantías fundamentales de conformidad con el numeral 7º del artículo 277 de la Constitución (...) En el presente caso considero que el motivo válido, el único que lo habilita para presentar la solicitud de nulidad se funda en que algunas de las órdenes dadas por la Sala Octava de Revisión en la sentencia T-388 de 2009, concretamente los numerales tercero y cuarto de la parte resolutive determinaban obligaciones concretas para la procuraduría en orden al mejor cumplimiento de la decisión”.

^[18] El numeral 12 del artículo 7º contempla: “Solicitar ante la Corte Constitucional la revisión de fallos de tutela, cuando lo considere necesario en defensa del orden jurídico, el patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales”.

^[19] El inciso primero del mencionado numeral consagra: “Asumir el conocimiento de los procesos disciplinarios e intervenir ante las autoridades judiciales o administrativas cuando la importancia o trascendencia del asunto requieran su atención personal”. (Subrayas fuera del original)

[20] El artículo 28 dispone: “FUNCIONES DE INTERVENCION ANTE LAS AUTORIDADES JUDICIALES. Los procuradores delegados que intervienen ante las autoridades judiciales tienen la condición de agentes del Ministerio Público, para lo cual ejercerán las funciones que se les asignen en la ley y en los artículos siguientes.

PARAGRAFO. Los procuradores delegados podrán intervenir en el trámite especial de tutela ante cualquier autoridad judicial, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales, sociales, económicos, culturales, colectivos o del ambiente, de conformidad con lo previsto en el numeral 7 del artículo 277 de la Constitución Política (...).”

[21] Ver los autos 061 de 2006, 141 de 2006, 053 de 2006, 299 de 2006, 026 de 2007, 219 de 2008, 292 de 2008, 372 de 2008, 007 de 2008, 195 de 2009, 213 de 2009, entre otros.

[22] Esta posición ya había sido sostenida en los autos 009 de 2010, 16 de 2010, 27 de 2010, 28 de 2010, 209 de 2009, 208 de 2009, 174 de 2009, 104 de 2009, 373 de 2008, 372 de 2008, 344A de 2008, 133 de 2008, 138 de 2008, 105 de 2008, 178 de 2007, 330 de 2006, 196 de 2006, 131 de 2004, entre otros.

[23] Autos 105 de 2008, 138 de 2008 y 149 de 2008, entre otros.

[24] Auto 197 de 2005.

[25] En la sentencia SU-047 de 1999, la Corte señaló que aquella parte de las sentencias que se denomina precedente o ratio decidendi es “*la formulación general... del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. [o] si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive*”, a diferencia del *obiter dictum* que constituye “*toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión; [esto es, las] opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario*”.

[26] Autos 208 de 2009, 009 de 2010 y 279 de 2010, entre otros.

[27] Así lo ha sostenido expresamente esta Corporación: “*De igual forma, la nulidad no concurrirá cuando la contradicción planteada esté relacionada con apartados de sentencias anteriores que no hacen parte de la razón de decisión, sino que constituyen materias adicionales que no guardan relación necesaria con la resolución del problema jurídico dado, afirmaciones que la doctrina denomina como obiter dicta*” (Auto 208 de 2006). En el mismo sentido, los autos 208 de 2009, 009 de 2010 y 279 de 2010, entre otros

[28] Auto 208 de 2006.

[29] Ver, por ejemplo, entre otras, las sentencias T-193 de 1995 y C-400 de 1998.

[30] Sentencia SU 047 de 1999.

[31] Auto 208 de 2006. En el mismo sentido los autos 208 de 2009, 009 de 2010 y 279 de 2010, entre otros

[32] Sentencia T-292 de 2006. En el mismo sentido los autos 208 de 2009, 009 de 2010 y 279 de 2010, entre otros.

[33] Auto 208 de 2009, 009 de 2010 y 279 de 2010, entre otros

[34] *Ibidem*.

[35] Autos 208 de 2009, 009 de 2010 y 279 de 2010, entre otros.

[36] *Ibidem*.

[37] Folio 259, cuaderno principal.

[38] Ver, entre otras, las sentencias T-803 de 2005, T-758 de 2003, T-873 de 2001, T-498 de 2000, SU-667 de 1998, T-428 de 1998 y T-476 de 1995, T-533 de 2009, T-170 de 2009, T-533 de 2009 y T-083 de 2010.

[39] Ver, por ejemplo, las sentencias T-496 de 2003, T-288 de 2004 y T-662 de 2005.

[40] Ver las sentencias T-496 de 2003, T-288 de 2004, T-662 de 2005, SU-540 de 2007, entre otras.

[41] Ver, entre otras, las sentencias T-803 de 2005, SU-667 de 1998, T-428 de 1998 y T-476 de 1995.

[42] Así se hizo en las sentencias T-808 de 2005, T-662 de 2005, T-980 de 2004, T-288 de 2004, T-496 de 2003 y SU-667 de 1998.

[43] Al respecto se pueden consultar los siguientes documentos: “Estudio sobre la tolerancia social e institucional a la violencia basada en género en Colombia” realizado en el año 2010 por el Fondo de Población las Naciones Unidas, disponible en http://issuu.com/infogenero/docs/cartilla_vbg; Informe “El acceso a las justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007), disponible en <http://www.cidh.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Español%2020507.pdf>; Informe “El progreso de las mujeres en el mundo 2011-2012. En busca de la justicia” elaborado por ONU Mujeres, disponible en http://issuu.com/onumujeres_region_andina/docs/progreso_de_las_mujeres_en_el_mundo_2011. Esta situación fue incluso reconocida por esta Corte en el auto 092 de 2008 y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en lo relativo a la violencia sexual contra las mujeres con ocasión del conflicto armado. El informe de la CIDH está disponible en <http://www.cidh.oas.org/countryrep/ColombiaMujeres06sp/indicemujeres06sp.htm>

[44] Tan cierta es esta situación que, a raíz de ella, la Rama Judicial en Colombia –a través de la Comisión Nacional de Género-, ha adelantado varias acciones para hacer realidad una administración de justicia con perspectiva de género. Ver http://www.ramajudicial.gov.co/csj/index.jsp?cargaHome=3&id_subcategoria=1008&id_categoria=213

[45] Disponible en <http://www.orientame.org.co/IMG/pdf/Embarazo-no-deseado-Colombia.pdf>

[46] Folio 175, cuaderno principal.

[47] Auto 069 de 2007. En similar sentido, los autos 052 de 1997, 063 de 2004 y 098 de 2004, entre otros.

[48] En este sentido ver el auto 234 de 2009 en el que se indicó “*El análisis efectuado en precedencia permite concluir que, si en gracia de discusión se admitiera la existencia de un error en la sentencia T-1263 de 2008, de todas maneras sería claro que éste no tendría repercusiones sustanciales sobre la decisión, pues evidentemente no modificaría el sentido del fallo, ni alteraría su contenido, ni confundiría al lector en relación con cuál fue la decisión que se adoptó*”.

[49] Ver los fundamentos jurídicos 19 a 21 de la sentencia T-585 de 2010.

[50] Aparte número 7 sobre los derechos fundamentales de las mujeres en la Constitución Política Colombiana y en el derecho internacional.

[51] Consideración número 20.

[52] Aparte número 7 sobre los derechos fundamentales de las mujeres en la Constitución Política Colombiana y en el derecho internacional.

[53] Fundamentos jurídicos 19 a 21 de la sentencia T-585 de 2010.

[54] Ver las sentencias T-209 de 2008, T-946 de 2008 y T-388 de 2009.

[55] Ver, por ejemplo, la sentencia T-843 de 2003.

[56] Ver sentencia T-760 de 2008.

[57] Ver considerando 23 de la sentencia T-585 de 2010.

[58] Ver el acápite 10.1. La inxequibilidad de la prohibición total del aborto.

[59] Ver el fundamento jurídico número 19 de la sentencia T-585 de 2010.

[60] Al respecto ver, por ejemplo, las sentencias T-002 de 1992, T-028 de 1994, SU-111 de 1997, SU-225 de 1998, T-881 de 2002, T-227 de 2003, T-859 de 2003 y T-860 de 2003, entre otras.

[61] Párrafo 11, Observación General número 24 “La mujer y la salud”.

[62] Ver al respecto la sentencia C-728 de 2009 y en el caso de la IVE la sentencia T-388 de 2009.

[63] Considerando número 9.

[64] Se refiere a las Observaciones a Colombia del Comité de Derechos Humanos, encargado de monitorear el cumplimiento del Pacto de Derechos Civiles y Políticos del 5 de mayo de 1997 y del 26 de mayo de 2004; Observaciones a Colombia del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, encargado de monitorear la CEDAW del 3 de febrero de 1999; Recomendaciones a Colombia del Comité de Derechos del niño/a, encargado de monitorear la Convención por los Derechos del Niño /a del 16 de octubre de 2000 y Recomendaciones a Colombia del Comité Interamericano de Derechos Humanos del 26 de febrero de 1999.

[65] Fundamento jurídico número 19 de la sentencia T-585 de 2010.

[66] Nótese que en el caso de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo del Cairo se hace una interpretación personal de cuál fue el consenso alcanzado.

[67] Ver fundamento jurídico número 31 de la sentencia T-585 de 2010.

[68] En este sentido ver el auto 234 de 2009 en el que se indicó “*El análisis efectuado en precedencia permite concluir que, si en gracia de discusión se admitiera la existencia de un error en la sentencia T-1263 de 2008, de todas maneras sería claro que éste no tendría repercusiones sustanciales sobre la decisión, pues evidentemente no modificaría el sentido del fallo, ni alteraría su contenido, ni confundiría al lector en relación con cuál fue la decisión que se adoptó*”.

[69] En la sentencia T-209 de 2008 se ordenó:

“Quinto.- Comunicar a la Superintendencia de Salud lo aquí resuelto, para que en ejercicio de sus competencias, investiguen y si es del caso sancionen, las posibles faltas en que se pudo incurrir en este caso por Coomeva EPS y las IPS de su red, así como el Hospital Universitario Erasmo Meoz de Cúcuta, entidad pública, por el incumplimiento de las disposiciones previstas en el Decreto 4444 de 2007. Igualmente, para que tomen las determinaciones administrativas necesarias a fin de que se cumpla en todo el territorio nacional lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006 y en el citado decreto. La Secretaría de esta corporación compulsará las copias respectivas.

Sexto.- Comunicar a la Dirección Nacional del Sistema de Salud del Ministerio de la Protección Social lo aquí decidido, para que en ejercicio de sus competencias, investigue y si es del caso sancione, las posibles faltas en que se pudo incurrir en este caso por Coomeva EPS y las IPS de su red, así como el Hospital Universitario Erasmo Meoz de Cúcuta, entidad pública, por el incumplimiento de las disposiciones previstas en el Decreto 4444 de 2007. Igualmente, para que tomen las determinaciones administrativas necesarias a fin de que se cumpla en todo el territorio nacional lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006 y en el citado decreto. La Secretaría de esta corporación compulsará las copias respectivas.

Séptimo.- Comunicar a la Procuraduría General de la Nación lo aquí resuelto, a fin de que vigile que la Dirección Nacional del Sistema de Salud del Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud, cumplan con lo dispuesto en los numerales quinto y sexto de esta providencia, y también vigile que cualquiera otra entidad del sector descentralizado cumpla con lo previsto en el Decreto 4444 de 2006. La Secretaría General de esta corporación le remitirá copia de todo lo actuado.

Octavo.- Comunicar al Tribunal Nacional de Ética Médica lo aquí resuelto, para lo cual la Secretaría General de esta corporación enviará copia de esta providencia”.

^[70] En la sentencia T-388 de 2009 se ordenó:

“TERCERO.- ORDENAR al Ministerio de la Protección Social así como al Ministerio de Educación Nacional, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo para que de manera pronta, constante e insistente diseñen y pongan en movimiento campañas masivas de promoción de los derechos sexuales y reproductivos que contribuyan a asegurar a las mujeres en todo el territorio nacional el libre y efectivo ejercicio de estos derechos y, en tal sentido, el conocimiento de lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006 así como lo desarrollado en la presente providencia y URGIR a estas mismas entidades para que hagan el debido seguimiento de tales campañas con el objetivo de poder constatar su nivel de impacto y eficacia. Que las campañas se enfoquen a transmitir información completa sobre la materia en términos sencillos, claros y suficientemente ilustrativos.

CUARTO.- ORDENAR a la Superintendencia Nacional de Salud para que de manera pronta adopte 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. Lo anterior deberá suceder en todos los niveles territoriales con estricta consideración de los postulados 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.

QUINTO.- COMUNICAR la presente decisión a la Superintendencia Nacional de Salud, al Defensor del Pueblo y al Procurador para que, dentro de la órbita de sus competencias, hagan seguimiento del cumplimiento de la presente sentencia e informen del mismo dentro del término de tres (3) meses a la Corte Constitucional”.

^[71] Sobre los requisitos y las medidas de un estado de cosas inconstitucional, ver la sentencia T-025 de 2004.

^[72] Ver sentencias T-988 de 2007, T-946 de 2008, T-388 de 2009 y T-209 de 2008

^[73] Folio 19 del escrito de nulidad.

^[74] Artículo declarado exequible condicionalmente en algunos de sus apartes por la sentencia C-264-96. Los condicionamientos se incluyen en la cita.

^[75] Disponible

en <http://www.procuraduria.gov.co/portal/index.jsp?option=net.comtor.cms.frontend.component.pagefactory.NewsComponentPageFactory&action=view&key=1003>

^[76] Artículo 67 de la Ley 599 de 2000: *“DEBER DE DENUNCIAR. Toda persona debe denunciar a la autoridad los delitos de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio. El servidor público que conozca de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio, iniciará sin tardanza la investigación si tuviere competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento ante la autoridad competente”.*