



Bogotá, D. C., febrero 29 de 2012

Honorables Magistrados
MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
JUAN CARLOS HENAO PÉREZ
MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
NILSON PINILLA PINILLA
GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
CORTE CONSTITUCIONAL
Sala Plena
Ciudad

Ref.: Solicitud de nulidad Sentencia T-841 de 2011
(Expediente T-3.130.813).
M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

Honorables Magistrados:

Obrando en mi condición de Procurador General de la Nación y de conformidad con las competencias constitucionales que me confiere la Constitución Política de 1991 (artículo 277) y, particularmente, con las facultades de "*vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos*", "*proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad*", "*defender los intereses de la sociedad*" y "*ejercer vigilancia superior de la conducta de quienes desempeñan funciones públicas*", por medio del presente escrito solicito a la Sala Plena de esta Honorable Corporación declarar la nulidad de la Sentencia T-841 de 2011, proferida por la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, con ponencia del Dr. Humberto Antonio Sierra Porto y suscrita también por la Dra. María Victoria Calle Correa.

Para efectos de presentar esta solicitud, dividiré mi escrito en cuatro partes. En la primera haré una aclaración previa con relación a la forma y al momento en que la mencionada fue dada a conocer y sobre cómo lo decidido



por la misma Sala hizo prácticamente imposible que el Ministerio Público conociera el respectivo expediente de tutela y pudiera confirmar si cumple o no con los presupuestos formales y materiales necesarios para presentar la solicitud de nulidad, a pesar de la competencia que la misma Sala Plena le ha reconocido para promover incidentes de nulidad contra sus Sentencias.

En la segunda parte, reiteraré los hechos y antecedentes del caso que dieron lugar a la Sentencia que se cuestiona, tal y como se han señalado en el texto de la misma Sentencia (que es prácticamente lo único que se conoce del respectivo expediente de tutela), pero destacando y advirtiendo de algunas particularidades fácticas que esta Vista Fiscal considera que merecen una especial atención por parte de la Sala Plena.

En la tercera parte, demostraré la manera como en la Sentencia T-841 de 2011, la Sala Octava de Revisión nuevamente incurrió en una *"ostensible, probada, significativa y trascendental"* (Autos 031 de 2002, 162 de 2003, 063 de 2004 y 283 de 2010) violación al debido proceso (artículo 29 constitucional), en tanto en que en esta Sentencia (i) se apartó del criterio de interpretación fijado por la jurisprudencia constitucional con relación a las facultades de las Salas de Revisión cuando se constata y declara una carencia de objeto; (ii) se desconoció la cosa juzgada constitucional que sobre el tipo penal de aborto configura la Sentencia C-355 de 2006 y (iii) se extralimitó en sus funciones como Sala de Revisión, desconociendo directamente normas constitucionales y abrogándose competencias de la Sala Plena de esa Corporación, así como competencias del Legislador y las autoridades administrativas, incluso reproduciendo parcialmente un acto administrativo, el Decreto 4444 de 2006, que se encuentra suspendido por orden del Consejo de Estado desde del año 2009.

Por último, en la cuarta parte presentaré las solicitudes específicas que hago a la Sala Plena de la Corte Constitucional con respecto a la Sentencia T-841 de 2011 con motivo de los vicios ya señalados.



1. DE LA MANERA COMO SE HIZO PÚBLICA LA SENTENCIA T-841 DE 2011 Y SOBRE CÓMO LAS CONDICIONES IMPUESTAS POR LA SALA OCTAVA VIRTUALMENTE PUEDEN IMPEDIR LA SATISFACCIÓN DE LOS PRESUPUESTOS FORMALES Y MATERIALES PARA PROMOVER UN INCIDENTE DE NULIDAD CONTRA UNA SENTENCIA DE REVISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Si bien es cierto que la Corte Constitucional ha considerado que en situaciones jurídicas especialísimas y excepcionales se puede provocar la nulidad de una sentencia de revisión de tutela, también ha reconocido que la posibilidad de que ese Alto Tribunal tramite un incidente de nulidad tiene *“plena justificación pues otorga certidumbre a la colectividad, en el sentido que el propio tribunal se obliga a sí mismo pues vela por la integridad del ordenamiento jurídico”* (Auto 050 de 2000. M. P. José Gregorio Hernández Galindo). Desde esta consideración de la autoridad judicial a la que *“se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”*, debe entenderse que tiene *“plena justificación”* la presente actuación procesal porque, a través de ella, el Procurador General de la Nación cumple con una de sus funciones constitucionales, cual es la de velar por el cumplimiento de la Constitución y de las decisiones judiciales (Artículo 277 Superior, numeral 1°).

En este sentido, debe destacarse que aunque en más de una ocasión el Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, ponente de la Sentencia T-841 de 2011, ha señalado que, en su opinión, la Procuraduría o el Procurador General de la Nación no está legitimado para interponer promover incidentes de nulidad contra las Sentencias de Revisión de tutela, toda vez que no es una de las partes del proceso (demandante y demandado) objeto de revisión ni un tercero cuyos derechos hayan sido afectados por la respectiva decisión de tutela (Cfr. Aclaración de Voto al Auto 283 de 2010), es claro que la Sala Plena de la Corte Constitucional, de conformidad con las normas constitucionales y legales pertinentes, sí ha reconocido al Procurador General de la Nación como legitimado para ello, tal y como consta en el mismo Auto 283 de 2010, por



medio del cual se negó el incidente de nulidad promovió contra la Sentencia T-388 de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) y en el que se hicieron algunas precisiones respecto al alcance de la citada Sentencia de tutela.

Sin embargo, aun cuando la posición de la mayoría ha sido que el Procurador General de la Nación, como Jefe del Ministerio Público, sí puede tanto solicitar copias de los expedientes de tutela de los que conocen las Salas de Revisión de la Corte Constitucional, como intervenir en los procesos de revisión de tutelas (Auto 209 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otros) e, incluso, solicitar aclaraciones (Auto 377 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) e interponer o promover incidentes de nulidad contra las sentencias ya proferidas (Autos 282 y 283 de 2010, Magistrados Ponentes Juan Carlos Henao Pérez y Humberto Antonio Sierra Porto, respectivamente), en todos los casos igualmente se ha señalado que, para hacerlo, el Procurador General de la Nación debería cumplir con los presupuestos formales y materiales pertinentes.

Para el caso de los incidentes de nulidad que se promuevan contra las sentencias de revisión proferidas por la Corte Constitucional, también de manera reiterada se han señalado en su jurisprudencia como requisitos de procedibilidad (Autos 217 y 330 de 2006, entre otros, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), los siguientes:

- (i) Oportunidad para actuar: El incidente de nulidad debe proponerse de manera oportuna, esto es, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la sentencia, salvo que la proponga un tercero interesado que no hubiera sido parte del proceso de tutela o, como se ha reiterado, el Ministerio Público;
- (ii) Legitimación en la causa por activa: La solicitud de nulidad debe presentarse por quien tenga legitimación por activa, esto es, que se trata de una de las partes del proceso, un tercero que resulte afectado por las órdenes proferidas en sede de revisión o, como ya se anunciaba, el Ministerio Público; y



- (iii) Requisito sustancial o carga argumentativa: Quien promueve el incidente de nulidad deber cumplir con el deber de argumentar de forma clara y expresa los preceptos constitucionales transgredidos y su incidencia en la decisión proferida (Auto 283 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto). De forma todavía más específica se ha señalado que *"los fundamentos expuestos por quien la alega [deben demostrar] 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"* (Auto 031A de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

En el caso de la Sentencia T-841 de 2011 que aquí se cuestiona, sin embargo, esta Vista Fiscal encuentra como límite u obstáculo para el cumplimiento de los citados requisitos que allí la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional determinó *"no mencionar en la sentencia ningún dato que conduzca a la identificación de la titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, restringir el acceso al expediente a las partes del proceso y ordenar que tanto éstas como el juez de instancia y la Secretaría de esta Corte, guarden estricta reserva respecto de la identidad de la misma"* (l. Antecedentes, numeral 1). Es decir, el jefe del Ministerio Público debe destacar que, impidiendo o por lo menos obstaculizando el cumplimiento de los requisitos exigidos para interponer incidentes de nulidad contra las sentencias de revisión de tutela, en el texto de la Sentencia cuestionada no se hace ninguna indicación respecto de (i) los nombres de las partes del proceso, (ii) el lugar de los hechos y (iii) los jueces de instancia. Y en este mismo sentido en la parte resolutive de la Sentencia expresamente se dispuso:

Octavo.- ORDENAR a la Secretaría General de esta Corte y al juez de instancia limitar el acceso al expediente a las partes del presente proceso y guardar estricta reserva sobre la identidad de AA, so pena de



las sanciones legales que correspondan por el desacato a esta orden judicial.

Noveno.- ORDENAR a BB E.P.S., a la I.P.S. CC, a la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, a la Secretaría de Salud de QQ, a la Personería de QQ, a la Secretaría de RR de QQ, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y a la Superintendencia Nacional de Salud guardar estricta reserva sobre la identidad de AA, so pena de las sanciones legales que correspondan por el desacato a esta orden judicial.

Décimo.- ORDENAR al juez que le corresponda conocer del incidente de liquidación de perjuicios, ordenado en el numeral segundo de la presente sentencia, reservar en la sentencia la identidad de la titular del derecho y cualquier otro dato que conduzca a su identificación, así como restringir el acceso al expediente a las partes del proceso, a quienes debe ordenar guardar la misma reserva, so pena de las sanciones legales que correspondan por el desacato a esta orden judicial.

Sin perjuicio de que el propósito de todo lo anterior, como expresamente se señala en la Sentencia, sea reservar la identidad e intimidad de la actora, crear "*condiciones que favorezcan el acceso a la justicia por parte de las mujeres*" (II. Consideraciones y Fundamentos, numeral 6) y "*garantizar el derecho fundamental a la IVE en sí mismo y los derechos a la vida y a la salud de las mujeres que se encuentren en las hipótesis despenalizadas por la sentencia C-355 de 2006*" (II. Consideraciones y Fundamentos, punto 7), esta Vista Fiscal considera que lo allí decidido tiene también evidentes y nocivos efectos sobre algunos derechos fundamentales como el derecho a la información, el derecho a la igualdad, el derecho al acceso a la justicia y el derecho a la verdad, así como sobre las oportunidades procesales de los terceros que puedan verse afectados por esta decisión y del Ministerio Público.

Particularmente, el Jefe del Ministerio Público quiere destacar cómo las condiciones arriba citadas impiden u obstaculizan gravemente que esta Vista Fiscal, o los terceros que puedan verse afectados por la Sentencia T-841 de 2011, (i) conozcan el expediente dentro del que produjo esta decisión y (ii) verifiquen el momento en que esta decisión fue (o sea) notificada por el juez de instancia a las partes y, así, (iii) tengan la oportunidad de promover un



incidente de nulidad dentro del término de ejecutoria de tres (3) días contados a partir de ese momento (artículo 31 del Decreto 2591 de 1991).

Sin perjuicio de lo anterior, esta Vista Fiscal desea informar a la Sala Plena que el 27 de febrero del presente año, por medio de una visita realizada a la Secretaría General de la Corte Constitucional, se pudo averiguar cuál fue el juzgado de única instancia (Juzgado 19 Civil Municipal de Bogotá). De igual forma, que el pasado 28 de febrero de 2012, la Procuradora Delegada para la Defensa de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, Dra. Ilva Myriam Hoyos Castañeda, solicitó por escrito (que se anexa) a la respectiva Juez que permitiera a una Procuradora Judicial de Familia, conocer el respectivo expediente de tutela y extraer copias del mismo, manifestando que de *“los hechos descritos en la citada Sentencia este Despacho concluye que allí pudieron haberse afectado los derechos fundamentales de una menor de doce años y de un bebé recién nacido, con la comisión de conductas incluso constitutivas de delito, y por esta razón desea adelantar las gestiones preventivas y de intervención correspondiente”* e invocando el artículo 44 de la Constitución Política¹, así como los artículos 211² y 95³ de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia).

¹ **“ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia [...]. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores [...]. **Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás**”** (negritas fuera del texto).

² **“ARTÍCULO 211. FUNCIONES DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. La Procuraduría General de la Nación ejercerá las funciones asignadas en esta ley anterior por intermedio de la Procuraduría Delegada para la Defensa del Menor y la familia, que a partir de esta ley se denominará la Procuraduría Delegada para la defensa de los derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, la cual a través de las procuradurías judiciales ejercerá las funciones de vigilancia superior, de prevención, control de gestión y de intervención ante las autoridades administrativas y judiciales tal como lo establece la Constitución Política y la ley”** (negritas fuera del texto).

³ **“ARTÍCULO 95. EL MINISTERIO PÚBLICO. El Ministerio Público está integrado por la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, y las personerías distritales y municipales, y tendrán a su cargo, además de las señaladas en la Constitución Política y en la ley, las siguientes funciones: [...]. Parágrafo. **Los procuradores judiciales de familia obrarán en todos los procesos judiciales y administrativos, en defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y podrán impugnar las decisiones que se adopten**”** (negritas fuera del texto).



En desarrollo de esta visita, aunque en un primer momento el Secretario del respectivo despacho judicial manifestó que *“por orden directa de la Corte Constitucional, no se podría prestar el expediente ni era permitido sacar copias de los documentos”*, posteriormente permitió observar uno de los cuadernos del expediente. Sin embargo, al ser preguntado por los demás cuadernos, el mismo manifestó que *“por orden de la Juez Diecinueve Civil Municipal de Bogotá no es posible entregar los documentos restantes que integran el expediente, por mandato expreso del Magistrado Ponente HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO”*, quien advirtió de las faltas disciplinarias correspondientes. De lo observado y ocurrido en esta visita la Procuradora Judicial correspondiente, junto con los funcionarios judiciales asistentes, levantaron un acta que se anexa al presente escrito.

En razón de esto último, esta Vista Fiscal advierte que, a pesar los esfuerzos realizados, la presente solicitud de la nulidad se presenta sin conocer el cuerpo entero del expediente del que la Sentencia T-841 de 2011 hace parte, aunque habiendo podido confirmar que las partes del presente proceso no fueron debida e integralmente notificadas de la decisión de revisión sino hasta el pasado 27 de febrero y, por lo tanto, que esta solicitud se presenta dentro del término legal pertinente.

En todo caso, no sobra reiterar que esta solicitud en todo caso se presenta dentro de los (3) tres días siguientes al momento en que esta Vista Fiscal tuvo conocimiento de la existencia de la Sentencia T-841 de 2011 pues, aunque la misma tiene fecha del 3 de noviembre de 2011, ésta no fue dada a conocer a la comunidad sino hasta el viernes 24 de febrero del presente año, fecha en que fue comentada en diferentes medios de comunicación⁴ y en la que, hasta

⁴Ver: <http://noticiascaracol.com/nacion/video-258476-corte-constitucional-pone-cintura-a-eps-casos-de-abortos>; <http://www.caracol.com.co/noticias/judicial/el-dano-mental-es-causal-para-el-aborto-corte-constitucional/20120224/nota/1634138.aspx>; http://www.wradio.com.co/escucha/archivo_de_audio/el-dano-mental-es-causal-para-el-aborto-corte-constitucional/20120224/oir/1634138.aspx; <http://www.colmundoradio.com.co/index.php/judiciales/1260-corte-constitucional-ordena-a-eps-realizar-abortos-en-los-casos-contemplados-por-la-ley>; <http://www.eluniversal.com.co/cartagena/nacional/aborto-en-casos-amparados-se-puede->



donde le consta a este Despacho, fue publicada en la página web de la Corte Constitucional (www.corteconstitucional.gov.co).

Así, esta Vista Fiscal considera que esta solicitud de nulidad se presenta a la Sala Plena de la Corte Constitucional dentro del término procesal pertinente y que, aceptado el carácter *inter comunis* de la mencionada Sentencia, la Sala Plena de esa Corporación debe reconocer que sólo en la fecha en la que se dio a conocer a la comunidad comienza a correr el término para presentar la correspondiente solicitud de nulidad por un tercero afectado por las órdenes de la Sentencia o por el Ministerio Público. De lo contrario, entonces se tendría que, como lo ha sostenido y pretendido el mismo Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, el Procurador General de la Nación no podría proponer incidentes de nulidad contra las Sentencias de la Corte Constitucional, al menos en materia de aborto o, lo que es peor, en esta materia simplemente no existe o se hace imposible la promoción de incidentes de nulidad contra las Sentencias de Revisión de esta Corporación, ya sea por parte del Ministerio Público o por terceros que podrían verse afectados por las órdenes que en éstas se dicten, toda vez que por virtud de lo que se dispone en la misma Sentencia que aquí se cuestiona:

"(i) Todo juez que conozca de una tutela interpuesta para exigir el derecho fundamental a la IVE, en todo caso y con independencia del resultado del proceso, tiene la obligación de reservar en la sentencia la identidad de la titular del derecho y cualquier otro dato que conduzca a su identificación, lo que incluye no sólo su nombre sino, entre otros, su documento de identificación, lugar de residencia, números telefónicos, nombres de familiares, hijos, cónyuges o compañeros, instituciones de salud y personal médico que la atendió.

(ii) Esta reserva de identidad se deberá asegurar también a través de la limitación del acceso al expediente a las partes del proceso, quienes de todos modos deben guardar la misma reserva" (Resuelve Úndecimo).

Pero no sólo ello, limitar el término para que el Ministerio Público presente solicitudes de nulidad frente a sentencias proferidas por cualquier Sala de Revisión y condicionarlo, así fuera al término de la notificación de las partes

hacer-en-cualquier-etapa-de-la-gestacion-corte;
<http://www.rcnradio.com/noticias/editor/gestora-de-la-despenalizacion-del-aborto-cele-139383>; entre otros.



intervinientes en el proceso de tutela y no al momento en el que es conocida la decisión por la comunidad en general mediante los mecanismos establecidos por la Corte Constitucional, para ejercer la función constitucional que le corresponde al Procurador General de la Nación de “[v]igilar el cumplimiento de la Constitución (...) [y], las decisiones judiciales” (Artículo 277 constitucional, numeral 1°). Y es que una manera de vigilar “el cumplimiento de la Constitución” es, precisamente, la de solicitar a las autoridades judiciales que sus decisiones se ciñan a lo establecido en la Carta Política y para ello el Jefe del Ministerio Público “podrá interponer las acciones necesarias” (Artículo 277 constitucional, segundo inciso), como en este caso la solicitud de nulidad.

El Procurador General de la Nación no cuestiona, por tanto, la reserva de identidad de la titular de los derechos fundamentales que fueron protegidos por la Sentencia T-841 de 2011, sino la manera como la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional “ha blindado” la mencionada Sentencia, ha impedido conocer los hechos y ha restringido por todos los medios que le ha sido posible el derecho-deber de esta Vista Fiscal y de cualquier tercero afectado por las órdenes impartidas para interponer la solicitud de nulidad, con lo cual ha hecho prácticamente imposible poder demostrar la “ostensible, probada, significativa y trascendental violación al debido proceso”. Del mismo modo, con esta manera peculiar de proceder también la Sala Octava de Revisión y, particularmente, su Magistrado Ponente, impidió que los servidores públicos o los ciudadanos denuncien ante la Fiscalía General de la Nación la ocurrencia, como en este caso, del presunto delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años (artículo 208 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 4° de la Ley 1238 de 2008), así como de otros presuntos delitos u otras conductas susceptibles de ser investigadas por las autoridades judiciales, administrativas y disciplinarias competentes.

En este sentido, la Sala Plena de la Corte Constitucional debe advertir que la “reserva de la identidad” en el caso objeto de debate va más allá de proteger el derecho fundamental a “la intimidad personal” de la actora o de las partes, convirtiéndose no sólo en una “reserva al ejercicio de la función judicial” o en una “reserva para conocer la veracidad de los hechos”, sino en una “reserva



respecto de la naturaleza pública de la acción de tutela”, que es función pública en tanto que a través de ella se administra justicia.

En efecto, para la Sala Octava de Revisión, la decisión de la mujer “*de no llevar a término un embarazo*”, en las condiciones establecidas en la Sentencia C-355 de 2006, “*pertenece a la esfera íntima o privada y, en consecuencia, no se trata de un asunto de interés público o general pues es una decisión que le afecta solamente a ella y por la cual la sociedad no se ve perjudicada*”. Sin embargo, se pregunta el Jefe del Ministerio Público, si la práctica de un aborto o I.V.E. fuera un asunto meramente privado, ¿entonces qué sentido o justificación tendría que en una sentencia de revisión de una de las Salas de Revisión de la Corte Constitucional, como la Sentencia T-841 de 2011, se dicten órdenes que involucran a autoridades públicas como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Superintendencia Nacional de Salud, la Secretaría General de la Corte, el Juez de Instancia, el Juez competente para liquidar los perjuicios y el Consejo Superior de la Judicatura?

De otra parte, con esa reserva la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional le da una interpretación restrictiva al derecho de “acceso a la justicia”, que pretende proteger de manera preferente respecto de las mujeres que se encuentran en alguna de las hipótesis despenalizadas por la Sentencia C-355 de 2006, porque no sólo afirma que “*todo juez que conozca de una tutela interpuesta para exigir el derecho fundamental a la IVE, en todo caso y con independencia del resultado del proceso, tiene la obligación de reservar en la sentencia de la identidad de la titular del derecho y cualquier otro dato que conduzca a su identificación, lo que incluye no sólo su nombre sino, entre otros, su documento de identificación, lugar de residencia, números telefónicos, nombres de familiares, hijos, cónyuges o compañeros, instituciones de salud y personal médico que la atendió*”, sino que también ordena que el acceso al expediente esté limitado a las partes del proceso, “*quienes de todos modos deben guardar la reserva de la misma [identidad]*”, y restringe el “*acceso al expediente por personas o autoridades ajenas al proceso de tutela*”, como directamente lo pudo comprobar esta Vista Fiscal al intentar, infructuosamente, conocer el respectivo expediente y toparse con los



impedimentos y obstáculos impuestos no sólo con el texto de la Sentencia T-841 de 2011 sino con las órdenes y advertencias realizadas por el Despacho del Magistrado Ponente al respectivo juez de instancia.

Ante estos hechos, el Procurador General de la Nación debe preguntar: ¿por qué la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional y especialmente su Magistrado Ponente restringe el derecho de las autoridades, también al Ministerio Público, para conocer el expediente? ¿Acaso teme que pueda ponerse en evidencia, como sucedió con la Sentencia T-388 de 2009 o con la Sentencia T-585 de 2010, que se modificaron los hechos que dieron lugar al pronunciamiento de esa Sala de Revisión? Sea cual sea la respuesta, es evidente que, en todo caso, esta restricción ha impedido a esta Vista Fiscal conocer debidamente las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ocurrieron los hechos, verificar la veracidad de las afirmaciones contenidas en la Sentencia T-841 de 2011 y conocer los elementos probatorios en que se sostuvo la cuestionada decisión.

Hechas estas consideraciones sobre la oportunidad procesal de la presentación de la solicitud de nulidad y sobre mi legitimidad para presentarla como Procurador General de la Nación y supremo Director del Ministerio Público (artículo 275 constitucional), especialmente en ejercicio de mi competencia constitucional para “[i]ntervenir 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” (artículo 277, numeral 7º), a continuación presentaré de la forma más clara y expresa posible, sin poder conocer integralmente o sin poder verdaderamente acceder al respectivo expediente de tutela, los preceptos constitucionales pertinentes que fueron transgredidos por la Sala Octava de Revisión o por los Magistrados que suscribieron la Sentencia T-841 de 2010, y las razones por las que en esta decisión se incurrió en una ostensible, probada, significativa y trascendental violación al debido proceso que tiene graves repercusiones sustanciales en lo decidido y en sus efectos (Auto 031A de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett).



2. ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA T-841 DE 2011

Dado que esta Vista Fiscal no tuvo oportunidad y no tiene forma de conocer integralmente el respectivo expediente de tutela, a continuación se presentaran los antecedentes fácticos y procesales que dieron lugar a la Sentencia que aquí se cuestiona únicamente a partir de lo que expresamente se narra en su acápite de “Hechos”, destacando, como se advertía al inicio de este escrito, aquellas particularidades que esta Vista Fiscal considera que debieron haber sido consideradas por la Sala Octava de Revisión o por los Magistrados que suscribieron la cuestionada Sentencia y que, en todo caso, merecen ahora una especial atención por parte de la Sala Plena.

1. AA⁵, una adolescente de doce (12) años de edad, tuvo una relación sexual consentida con su novio, adolescente menor de dieciséis (16) años de edad, fruto de la cual quedó en estado de embarazo.
2. El 28 de marzo de 2011, cuando contaba con catorce (14) semanas de gestación, AA —perteneciente al estrato 1 y beneficiaria del régimen contributivo de salud a través de la Empresa Promotora de Salud (E.P.S.) BB— acudió a la Institución Prestadora de Servicios de Salud (I.P.S.) CC, que no estaba vinculada con su E.P.S. (BB), para confirmar su embarazo y edad gestacional y solicitar información sobre la interrupción voluntaria del embarazo. Tras una valoración (sobre la que no se indica el tipo de exámenes o diagnósticos realizados), el médico DD (respecto del que no se precisa su especialidad) *“expidió un certificado de riesgo para la salud como*

⁵ Aunque en todo caso en que la Corte Constitucional o una de sus Salas de Revisión ha ordenado preservar la identidad del accionante, y en muchos otros en que se ha considerado pertinente proteger la identidad e intimidad de niños, niñas y adolescentes, o de otras personas, esta Vista Fiscal lo ha hecho o requerido debida y oportunamente, en este caso, y sin perjuicio de lo observado en la visita del 28 de febrero del presente año, simplemente se adoptarán los seudónimos establecidos por la Sala Octava de Revisión para las partes, los sujetos involucrados en los hechos que motivaron la acción de tutela y el juez de instancia en la Sentencia C-841 de 2010, toda vez que por las condiciones ya señaladas, ni la Procuraduría General de la Nación ni ninguna otra autoridad o particular, distinto de las partes, la Secretaría General de la Corte Constitucional, el juez de instancia, la E.P.S. e I.P.S. involucradas, la ONG “Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres”, la Secretaría de Salud y la Personería involucradas, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Superintendencia Nacional de Salud, pueden conocer la identidad de las mismas o siquiera acceder al respectivo proceso de tutela.

consecuencia de la continuación del embarazo", ya que observó que estaba en riesgo su salud mental porque tenía *"frustración y depresión"* y señaló que estaba en riesgo su salud física por *"complicaciones obstétricas"* (las cuales tampoco se especifican en la Sentencia).

3. Después de esta primera valoración, AA afirma haber intentado suicidarse *"ingiriendo pastillas de las cuales dice no recordar el nombre"*, pero en la Sentencia tampoco se señala si esto fue debidamente comprobado por los profesionales de la Salud, ni se indica cuál fue el efecto de estas pastillas sobre la salud de la madre o del bebé en gestación.
4. El nueve (9) de abril de 2011, con quince (15) o dieciséis (16) semanas de gestación, AA regresó a la I.P.S. CC, esta vez en compañía de su madre, y solicitó que se le practicara un aborto o *"servicio de interrupción voluntaria del embarazo"* (I.V.E.) porque continuar con el embarazo representaba un riesgo para su salud, y requirió que se le informara *"qué hacer para solicitarlo en la EPS según la sentencia C-355 de 2006"*⁶.

En la Sentencia, sin embargo, no se dice nada respecto de lo que le respondieron los funcionarios de la I.P.S. CC con relación a esta

⁶ Aunque no se diga nada al respecto en la Sentencia T-841 de 2011, esta Vista Fiscal considera que es pertinente destacar que en la Sentencia C-355 de 2006 (M.P.s. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández) la Sala Plena de la Corte Constitucional no señaló ningún requisito que debiera cumplirse para poder solicitar a una E.P.S. la práctica de un aborto o la prestación de un servicio de I.V.E. (que ni siquiera se menciona en la mencionada sentencia), sino que, muy por el contrario, declaró exequible el tipo penal de aborto, aunque señalando 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"* (Resuelve Tercero). Esto significa, como claramente se expresa en la misma sentencia, que *"basta que se reúnan estos requisitos –certificado de un médico o denuncia penal debidamente presentada, según el caso- para que ni la mujer ni el médico que practique el aborto puedan ser objeto de acción penal en las tres hipótesis en las cuales se ha condicionado la exequibilidad del artículo 122 acusado"*, lo que dista mucho de significar que en esos casos el aborto sea un derecho o pueda ser exigido y deba prestarse por todas las I.P.S. y E.P.S. (sobre todo cuando éstas últimas, además, no prestan directamente servicios de salud).



solicitud, ni sobre el hecho, del que ellos tenían que tener pleno conocimiento, de que esa I.P.S. no se encontraba afiliada a la E.P.S. BB, a la que estaba afiliada AA.

5. El doce (12) de abril, cuando AA tenía ya dieciséis (16) o diecisiete (17) semanas de gestación (y no quince (15) como se señala en la Sentencia, pues allí mismo se dice que el veintiocho de marzo ya tenía catorce (14) semanas), AA fue valorada nuevamente por un profesional de la salud que no estaba vinculado a la E.P.S. BB, el médico psiquiatra EE (sobre el que, además de ocultarse su nombre, tampoco se señala en la Sentencia a qué I.P.S. pertenecía o cómo llegó a él AA, en lugar de acudir a un médico que si estuviera adscrito a su E.P.S.), a quien AA manifestó que su embarazo era *"no deseado"*⁷, que desde el momento en que sabía de su embarazo presentaba *"tristeza, llanto frecuente"*, *"idea de culpa, alteración del patrón de sueño y ansiedad"*, y que tenía la idea de *"no continuar con el embarazo"*. Ante esto, el psiquiatra EE le diagnosticó (aunque en la Sentencia no se precisa después de haberle practicado a AA qué tipo de exámenes o tests), *"reacción depresivo-ansiosa"* al embarazo no deseado y determinó (aunque en la Sentencia tampoco se precisa cómo) que *"la continuidad del embarazo afecta su salud mental"* (y sin que tampoco se señale de qué manera el citado profesional concluyó que no habría riesgo de una afectación igual o peor de la salud mental de AA como consecuencia de un aborto).
6. El veinticinco (25) de abril de 2011, cuando contaba con dieciocho (18) semanas de gestación y 4 (semanas) después de haberse

⁷ Dado que en el texto de la Sentencia que aquí se cuestiona como en algunos de los diagnósticos médicos que en la misma se citan la expresión *"embarazo no deseado"* es utilizada de forma reiterada, esta Vista Fiscal considera pertinente destacar que en la Sentencia C-355 de 2006, ya citada, por virtud de la cual se declaró la exequibilidad condicionada del tipo penal de aborto, estableciéndose tres causales extremas, específicas y taxativas en las que la práctica de un aborto no constituye delito, en ninguna de las cuales se incluye el llamado "embarazo no deseado". Por el contrario, el Jefe del Ministerio Público considera que si la circunstancia de que el embarazo no sea deseado fuera una circunstancia en que es legítima la práctica de un aborto, carecería de sentido que la Corte Constitucional hubiese declarado exequible el tipo penal de aborto, pues siendo ésta una conducta dolosa, es claro que para que una mujer pueda actualizarla ella tiene que tener el ánimo de ponerle fin a su embarazo o debe desear su fin, que es lo mismo.



enterado de su estado de embarazo, AA fue valorada por tercera vez por un médico de una I.P.S. que no estaba adscrita a su E.P.S. (sin que en la Sentencia se informe de ninguna razón por la cual la AA no acudió a BB), la gineco-obstetra FF, adscrita a la I.P.S. CC, quien certificó que la continuación del embarazo de AA *“representa un riesgo para su salud tanto física como mental y social”*.

Esto, sin perjuicio de que, al menos hasta donde le consta y ha podido verificarlo esta Vista Fiscal, un médico gineco-obstetra no es competente para declarar un riesgo de salud de mental o social y de que, además, no exista en la ciencia médica un concepto único e inequívoco si quiera sobre lo que significa *“salud social”*.

7. FF también indicó que AA *“presenta síntomas depresivos y angustia severa”* (diagnóstico que tampoco puede dar un gineco-obstetra (y en la Sentencia tampoco se indica de qué manera se llegó al mismo) y que, en todo caso, tampoco coincide con el que anteriormente le había dado un especialista competente, el psiquiatra EE, quien sólo dos (2) semanas antes había señalado que AA padecía *“reacción depresivo-ansiosa”*). Además el citado profesional sostuvo que la misma enfrentaba los *“múltiples riesgos que significa continuar su embarazo y asumir la maternidad a su edad [, como son:]*

- *A corto plazo, un riesgo incrementado de complicaciones obstétricas y resultados perinatales adversos, que es incluso más intenso por encontrarse en el grupo de edad más temprano de la adolescencia. El riesgo que confiere su edad actúa de manera independiente de su nivel socioeconómico (aunque este lo agrava aún más) y del cuidado prenatal que se le brinde, por cuanto muchas de estas complicaciones no son prevenibles.*
- *A largo plazo, durante su vida adulta, un riesgo incrementado de sufrir de menor salud mental, social y física como resultado de asumir la maternidad a tan temprana edad. Este riesgo se refleja en mayor incidencia de depresión, uso de psicoactivos, menos escolaridad y estabilidad familiar y mayor pobreza y desventaja social, mayor riesgo de enfermedades físicas e incluso muerte prematura”*.

El Jefe del Ministerio Público debe advertir, sin embargo, que en la Sentencia T-841 de 2011, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional o, los Magistrados que suscriben la sentencia,

hicieron caso omiso respecto del hecho de que en el diagnóstico del FF (i) no se precisaron de forma alguna cuáles eran los riesgos obstétricos ni las posibilidades de resultados perinatales adversos, que además tampoco fueron confirmados posteriormente; y (ii) se hicieron, más allá de la competencia científica del profesional, meras especulaciones sobre posibles riesgos futuros en la salud mental, física y social de AA asociados con el asumir su maternidad a temprana edad, no sólo sin contemplar las posibilidades médicas (también conocidas y documentadas) de sufrir afectaciones en estas dimensiones por practicarse un aborto, sino además ignorando otras alternativas posibles, como es el caso de dar el bebé en adopción.

8. Ese mismo veinticinco (25) de abril de 2011, AA solicitó por escrito a la E.P.S. BB la práctica inmediata del aborto o I.V.E. (sin que en la Sentencia se indique por qué no le solicitó este servicio directamente a la I.P.S. CC, cuyos profesionales ya la habían evaluado y diagnosticado en tres (3) ocasiones), adjuntando las dos (2) certificaciones más recientes y aduciendo que el embarazo representaba un riesgo para su salud, toda vez que señaló que *"las condiciones del embarazo y mi situación psicosocial han ocasionado un fuerte impacto emocional, personal y familiar que no deseo y no estoy obligada a soportar (...) el embarazo actual pone en riesgo mi salud en el ámbito psicosocial, pues afecta mi bienestar y mi proyecto de vida. Actualmente me encuentro atravesando una terrible depresión, siento que mi vida no tiene ningún sentido, vivo en una angustia permanente, esta situación ha trastocado por completo mi vida actual"*.

Sin embargo, además de los vacíos que aquí ya se han señalado respecto de los conceptos médicos relacionados con la salud mental de AA, en la Sentencia no se hace ningún pronunciamiento con respecto a que el hecho de que el embarazo cause un impacto emocional, personal y familiar, afecte el bienestar y el plan de vida, trastoque la vida de la madre gestante o no sea deseado por ella, no

son situaciones que se encuentren cobijadas dentro de las causales taxativamente señaladas en la Sentencia C-355 de 2006. Esto, sin decir nada respecto de que es evidente que una niña de doce (12) años no se expresa como aparece en el texto citado. De otra parte, en el expediente, al menos a partir de lo que se describe en la Sentencia, brilla por su ausencia cualquier elemento probatorio que permita inferir que AA había consentido libre e informadamente con la solicitud de aborto que, en su nombre, presentó su madre.

9. El dos (2) de mayo de 2011, cuando AA tenía ya diecinueve (19) semanas de gestación, la madre de AA se comunicó con la línea de atención al usuario de la E.P.S. BB para solicitar información acerca de la petición de I.V.E. de su hija y, según consta en la Sentencia que aquí se cuestiona, aseguró que le indicaron que *“la petición había sido negada y que no le iban a realizar ningún procedimiento pues los certificados al ser expedidos por un médico fuera de su red no eran válidos y que dada la edad gestacional una terminación del embarazo ponía en riesgo la vida de su hija”*.

Sin embargo, debe reiterar esta Vista Fiscal que en la Sentencia T-841 de 2011 no se indica en ningún momento por qué razón AA, en el mes posterior a que conoció de su estado de gravidez, no acudió a un médico afiliado a su E.P.S., ni se recoge cuáles fueron los argumentos y sustentos médicos en los cuáles BB se fundamentó para señalar que un aborto no podría practicarse a una niña con casi cinco meses de embarazo, sino que simplemente se limitó a resumir y transcribir lo dicho por la accionante, su madre, sin ni siquiera verificar que esta llamada efectivamente se hubiere dado y sin constatar de forma alguna que en realidad la voluntad de AA fuera practicarse un aborto. Aunque en la visita realizada al juzgado de origen el 28 de febrero, esta Vista Fiscal quiso conocer los correspondientes conceptos médicos y elementos materiales probatorios aportados al proceso, éstos hacen parte de los cuadernos que, por orden expresa del Magistrado Ponente, no fue posible



conocer.

10. A raíz de lo anterior, en fecha no determinada en la Sentencia, la actora acudió a un punto de servicio al cliente de la E.P.S. BB para solicitar una respuesta escrita e indicó que adujeron que *“no podían entregar respuesta porque dicho trámite se demoraba 15 días [pues a partir de ese momento empezaban a correr los términos de un derecho de petición] y aún estaban estudiando el caso”*.

En la Sentencia de tutela, sin embargo, no existe ninguna actuación que hubiese sido practicada por la Sala Octava de Revisión con el objeto de verificar la autenticidad de lo afirmado por la accionante respecto de este punto.

11. El cinco (5) de mayo de 2011, la madre de AA radicó un escrito en la E.P.S. BB en el que reforzaba los argumentos de la solicitud de IVE de su hija AA en vista de que habían transcurrido ya nueve días desde la petición inicial sin que hubiese recibido respuesta escrita alguna.

En la Sentencia T-841 de 2011, sin embargo, no se precisan cuáles fueron los nuevos argumentos presentados por la madre de AA para fortalecer la solicitud de aborto para su hija.

12. Ese mismo cinco (5) de mayo de 2011 la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, una ONG que tiene entre objeto social la despenalización total del aborto y la práctica del mismo⁸ y que, según se indica en la Sentencia, asesoró desde un momento indeterminado a AA y a su hija, solicitó a la Secretaria de Salud de QQ *“ordenar a BB E.P.S. la realización de la interrupción del embarazo [de AA], en tanto se encuentra dentro de las causales amparadas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-355 de 2006”*.

⁸ Ver; www.despenalizaciondelaborto.org.co



Sin embargo, esta Vista Fiscal debe advertir que en la Sentencia la Sala Octava o los Magistrados que la suscribieron no hacen ningún pronunciamiento respecto al hecho de que las solicitudes que hasta este momento habían hecho tanto AA como, ahora, la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, se dirigían todas a la E.P.S. BB y no a una I.P.S., cuando son las I.P.S., como su nombre lo indica, las llamadas a prestar los servicios de salud.

13. Según se informa también en la Sentencia, en el marco de la investigación preliminar No. GG del 2011, la Secretaría de Salud de QQ respondió en una fecha no determinada que *“de conformidad con la competencia que nos atribuye el numeral 176 de la Ley 100 de 1993, artículos 43, 44 y 45 de la Ley 715 de 2001 y por el Decreto No. 1011 de 2006”* solo se puede investigar a *“Instituciones Prestadoras de Salud registradas ante la Secretaría de Salud que presten sus servicios bajo la vigilancia de la misma (...)”*, lo que excluye de su competencia el presente caso al no ser BB E.P.S. una de ellas. Lo anterior, aunque en todo caso aseveró que *“adelantar[ría] las diligencias administrativas necesarias (...) tendientes a esclarecer los hechos denunciados (...) requiriendo a BB EPS para que allegue los documentos que permitan tener una mayor claridad dentro de la presente investigación [e indicó que] la competencia para el conocimiento de esta denuncia está en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud y de BB EPS, por consiguiente la queja será remitida a las entidades competentes de su conocimiento”*. En la Sentencia T-841 de 2011, sin embargo, no dice nada respecto de los resultados de estas anunciadas investigaciones ni respecto de alguna actuación adelantada por la Sala Octava de Revisión para obtener información sobre las mismas.

14. El siete (7) de mayo de 2011, y todavía con diecinueve (19) semanas de gestación, a raíz de un dolor de estómago, AA fue valorada por el médico general HH de la I.P.S. JJ, vinculada a la E.P.S. BB, y según se indica en la Sentencia que relató la madre de AA, con respecto a la

solicitud de aborto de su hija el médico HH *“nos dijo que ellos no se comprometían a hacerle nada porque era peligroso y que mejor esperara la respuesta escrita de la EPS”*. De igual forma, el médico HH remitió a AA a ginecología *“por alto riesgo”* (pero en la Sentencia no se indica alto de riesgo de qué, ni con base en qué exámenes se diagnosticó el mencionado riesgo).

15. Por último, según se señala en la Sentencia la madre de AA indicó que *“intentamos conseguir la cita pero hasta el momento solo nos han asignado una atención con ginecólogo para el día 24 de Mayo”,* y adujo que transcurrieron *“más de 15 días sin recibir ninguna respuesta efectiva, sin recibir las atenciones necesarias, situación que vulnera los derechos fundamentales de mi hija y pone innecesariamente en riesgo su vida y su salud. Hay claramente una dilación y una violación al principio de celeridad en la prestación del servicio (...) por cuanto se han tomado alrededor de 3 semanas –hasta ahora– para darme una respuesta efectiva y por el contrario se han impuesto mayores obstáculos para esto”*. Agregó también que *“es claro que la presente petición: i) encaja perfectamente dentro de la hipótesis de despenalización del aborto reseñada; ii) encuentra el sustento probatorio exigido para su procedencia en las certificaciones anexas que es el único requisito establecido para estos casos en la sentencia C-355/06”* y señaló que el argumento según el cual los certificados médicos no son válidos al haber sido emitidos por médicos no adscritos a la E.P.S. demandada contraría la jurisprudencia constitucional, en especial la sentencia T-760 de 2008.

Sin embargo, debe destacarse que en la Sentencia que aquí se cuestiona, esta Vista Fiscal no encuentra que luego de que BB hubiere supuestamente negado la práctica del aborto o servicio de I.V.E. a AA por no haber sido valorada por un médico afiliado a esa E.P.S., AA, su madre o la ONG Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres hubieren adelantado alguna gestión dirigida a que AA fuera



valorada por un médico que sí cumpliera con ese requisito.

16. De conformidad con las situación fáctica hasta ahora descrita, en fecha tampoco explicitada en la Sentencia T-841 de 2011 y, por tanto, sin que ni siquiera se pueda conocer o determinar el término del embarazo de AA, la ciudadana "Balder" (que se concluye que es la madre de AA) *"exigió la protección de los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud de su hija menor de edad AA, que considera están siendo amenazados por la E.P.S. demandada al no responder de forma oportuna y no acceder a interrumpirle su embarazo a pesar de que está en peligro su salud, una de las hipótesis en las que la IVE no es punible según la sentencia C-355 de 2006. Solicitó entonces que se ordene a BB E.P.S. que le practique la IVE a su hija"*.
17. Por medio de Auto del 17 de mayo de 2011 y, por tanto, cuando AA tenía ya veintiún (21) semanas o cinco (5) meses de embarazo, el juez de primera instancia (también indeterminado en la Sentencia que aquí se cuestiona) ordenó vincular al proceso de tutela a la I.P.S. CC, a la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, a la Secretaría de Salud de QQ, a la Personería de QQ, a la Secretaría de RR de QQ y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
18. El diecinueve (19) de mayo de 2011, la Secretaría de Salud de QQ manifestó que *"resulta improcedente cualquier acción incoada en contra de la Secretaría de Salud, por legitimación de la causa por pasiva, toda vez que la E.P.S. BB es la responsable de la garantía de la prestación de los servicios de salud que requiera su afiliada"*, por lo que solicitó ser desvinculada del proceso de tutela.
19. El veinte (20) de mayo de 2011 un equipo conformado por una trabajadora social y una psicóloga del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar visitó a AA en su colegio para emitir un informe psicosocial. Durante la visita, la niña manifestó que *"presentaba síntomas de tristeza, llanto frecuente, dolor de cabeza"* y señaló que

deseaba que le practicaran un aborto o I.V.E. toda vez que *“su vida está en riesgo y no está preparada para tener un bebé (...) [además de que] no cuenta con la edad suficiente y la capacidad para asumir su situación”*. Además, según se afirma también en la Sentencia, AA *“indicó también que ‘comprende el alto riesgo que existe tanto en el procedimiento de la IVE como de continuar el proceso de gestación y que cualquiera que sea la decisión que tome, quedarán secuelas, encontrándose dispuesta a recibir apoyo terapéutico’”*.

Sin embargo, no se precisa en la Sentencia a quién hizo referencia o entendió AA que competía la decisión de la eventual práctica de un aborto o I.V.E.

20. El veintitrés (23) de mayo de 2011, cuando AA tenía ya veinticuatro (24) semanas o seis (6) meses de gestación, la Secretaría de RR de QQ señaló que a AA *“le asignaron una cita con ginecología para el día 24 de mayo del corriente, es decir que al momento de contestar la acción de tutela se encuentra en curso un procedimiento médico que puede determine [sic] una decisión de la accionada EPS BB”*. Así, *“hasta el momento no se le han violado los derechos a la niña AA, por cuanto la EPS BB le ha asignado una cita ginecológica a la niña para el día 24 de mayo, es decir que se encuentra adelantando el procedimiento que médica y científicamente puede corresponder con el caso que nos ocupa, es decir no se le ha negado lo peticionado (...)”*. También sostuvo que *“la competencia para la vigilancia administrativa de las EPS corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud, que es la llamada a investigar una eventual negativa de la EPS BB para adelantar el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo de la niña AA [por lo cual] no sería legalmente procedente la vinculación de la Secretaría RR a la presente acción de tutela”*.

21. Ese mismo veintitrés (23) de mayo de 2011 la Personería de QQ descalificó los certificados médicos anexos a la solicitud de IVE y en consecuencia indicó que *“no se encuentran suficientes elementos de juicio que nos permitan concluir, que nos encontramos frente a alguno*



de los tres eventos taxativos fijados a través de la sentencia C-355 de 2006, por la cual se despenalizó el aborto en circunstancias especiales”.

Sin embargo, en la Sentencia T-841 de 2011 no se precisan los argumentos o razones por las cuales la Personería de QQ descalificó los certificados médicos anexos a la solicitud de aborto o I.V.E. presentada por la madre de AA, sobre las que tampoco se emite pronunciamiento alguno. Estos argumentos, razones o elementos probatorios, tampoco pudieron ser conocidos por esta Vista Fiscal al intentar acceder al respectivo expediente.

22. También el veintitrés (23) de mayo de 2011 la E.P.S. BB contestó la acción de tutela de la referencia e informó que *“en aras de dar trámite a [la] solicitud [...se] agenda cita con nuestra contratada con el Dr. KK, Médico Ginecólogo[,] para el día 24 de mayo de 2011, para emisión del concepto y manejo a seguir”*. Además argumentó que *“no se evidencia el anexo de la historia clínica de la paciente con conceptos que determine el procedimiento [y que] solo procede la tutela para proteger el derecho a la salud en conexidad con la vida cuando se trate de eventos NO POS en caso de que [...] la orden médica haya sido impartida por un médico tratante de la entidad accionada (...) De lo anterior se tiene que la orden médica no aparece probada por ningún lado (...)”*.

Sin embargo, en la Sentencia que aquí se cuestiona no se hace ninguna mención a los fundamentos jurídicos en que la entidad demandada, BB, sostuvo estas afirmaciones.

23. Con fundamento en todo lo anterior, el treinta (30) de mayo de 2011, cuando AA tenía, según calcula este Despacho, ya veinticinco (25) semanas o (6) meses y una (1) semana de gestación (pues para el 28 de marzo, según se informa en la misma sentencia, ya tenía catorce (14) semanas), el Juzgado PP decidió negar el amparo de los derechos fundamentales de AA. Como fundamento de esta decisión, según se



resumen en la Sentencia T-841 de 2011 porque tampoco se conoce la sentencia de instancia, el Juzgado sostuvo que *“teniendo en cuenta el criterio de la H. Corte Constitucional en su sentencia C-355 de 2006 y las pruebas referenciadas, considera el despacho que no se dan las consecuencias allí previstas pues las condiciones que supuestamente afectan y ponen en inminente riesgo y peligro la vida y salud de la menor, no se encuentran certificadas por un médico adscrito a la EPS en la que se encuentra vinculada la menor, tampoco está avalado el concepto emitido por el galeno de la entidad CC; otrora, y de igual manera según las pruebas aportadas al plenario, se advierte que la interrupción terapéutica del embarazo puede realizarse sin riesgo para la vida de la madre y el feto en las primeras 8 semanas de gestación y a la fecha la menor AA cuenta aproximadamente con 21 semanas de gestación, situación que sin duda pondría en peligro la vida de la menor y del feto”*.

Sin embargo, esta Vista Fiscal destaca que en este aparte de la Sentencia la Sala Octava de Revisión, los Magistrados que la suscribieron o el Magistrado Ponente, no hicieron relacionar las pruebas aportadas por la madre de AA ni las pruebas que constan en el expediente de conformidad con las cuales es riesgoso para la vida y salud de una madre gestante practicarle un aborto con posterioridad al octavo mes de gestación, sino que simplemente se relata que éstas no existen en el extremadamente reservado expediente. Además, en la Sentencia que aquí se cuestiona tampoco se ofrece ninguna explicación de por qué la accionante no impugnó la sentencia del juez de tutela de única instancia, encontrándose en derecho y oportunidad para hacerlo y, por el contrario, sí intervino en el proceso de revisión que no equivale ni puede equivaler a una segunda o tercera instancia.

24. Según se indica en el acápite de “Actuaciones surtidas en el trámite de revisión” de la Sentencia que aquí se cuestiona:



“Por medio de escrito del veintiséis (26) de octubre de 2011 la abogada LL, perteneciente a la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, a quien la peticionaria otorgó poder para actuar en el asunto de la referencia, informó lo siguiente:

(i) AA ‘fue valorada por ginecología el 24 de mayo y el 30 de mayo por psicología y trabajo social. En ninguna de estas consultas hubo respuesta a la petición de la IVE, todos manifestaron evasivamente la peligrosidad del procedimiento, la necesidad de valoraciones especializadas (...) de tener que llevarse a cabo una junta médica, entre otras’.

(ii) ‘Por requerimiento de la EPS, la menor fue valorada nuevamente por médico ginecólogo el día 2 de Junio, este emitió una orden para que se llevara a cabo una junta médica materno fetal, pero al mismo tiempo afirmó que él no se iba comprometer a hacer una IVE, y que sí era un embarazo de alto riesgo pero que la decisión la tomaba junto con otros médicos de otra clínica (materno infantil de MM), con los que se iba a reunir el 8 de junio, pero que lo más posible era que no hicieran la IVE pues ellos habían atendido niñas de hasta 9 años y no les había pasado nada’.

(iii) ‘El mismo 2 de junio (...) fue atendida para valoración psicológica y psiquiátrica en la sede Country de JJ IPS. En primer lugar, la psicóloga después de una entrevista en la que indagó por el estado emocional de la menor, afirmó que no iba a entregar ningún reporte por escrito sino que este quedaría en el sistema para la consulta de los demás médicos. En segundo lugar (...) fue valorada por un psiquiatra, quien entregó reporte completo sobre la situación de salud mental (...) y conceptúa un embarazo de alto riesgo con peligro para la salud y que presenta síntomas de ansiedad que deben ser manejados’.

(iv) ‘El 9 de Junio se comunicó con las peticionarias la Sra. NN de la sede administrativa de BB, manifestando su preocupación por que no se había emitido respuesta sugirió que lo mejor era exponer ante la comisaría de familia y exponer el caso como una violación, para que los médicos actuaran de inmediato. Ese mismo día, expidieron una orden para la realización de junta médica materno fetal, con la jefe OO; para ese momento la menor ya contaba con 24 semanas de gestación’.

(v) ‘Una semana después telefónicamente nos informaron que los médicos habían decidido no realizar la IVE, pues consideraban que la vida de AA no se encontraba en grave peligro y que la edad gestacional estaba demasiado avanzada’.

(vi) AA ‘tuvo un parto el 20 de Septiembre de 2011 (...) Hoy en día el recién nacido tiene un mes de vida’.



(vii) 'A la fecha por parte de la EPS no ha habido ninguna prestación de servicios tendientes a proteger la salud mental y psicosocial de la menor'.

[...] *En el escrito referido la abogada solicitó:*

(i) '(...) ordenar que se realicen de manera efectiva por parte del Ministerio de Protección Social, Superintendencia de Salud y Tribunal de Ética Médica, la investigaciones tendientes a establecer la responsabilidad de las entidades demandadas con la vulneración de los derechos fundamentales de la peticionaria (sic) [entiende la Sala que se refiere en realidad a AA y no a su madre]'.

(ii) 'Ordenar que se adopten todas las medidas necesarias tendientes a restablecer los derechos vulnerados en el presente caso: provisión de servicios de salud integral para la peticionaria (sic) que restablezcan y mejoren su salud en los ámbitos físico, mental y social. Inclusión de la peticionaria (sic) en programas o proyectos que aporten al mejoramiento de su calidad de vida y la reconstrucción de su proyecto de vida. Que se adopten medidas para la reparación integral para la peticionaria'.

Sin embargo, esta Vista Fiscal debe destacar que lo anterior no corresponde a ninguna actuación realizada en sede de revisión por la Sala Octava, sino que simplemente corresponde a unas declaraciones de la apoderada de la madre de AA, frente a que la E.P.S. demandada, como se reconoce en la misma Sentencia, ni siquiera tuvo oportunidad de defenderse, pero que, sin perjuicio de ello, en la Sentencia se transcriben y parecen simplemente tomarse como ciertas.

De otra parte, a partir de lo manifestado por la apoderada de la ONG Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, además de la naturaleza y fines de esta organización, que no es una organización médica y sus propósitos van mucho más allá de lo dispuesto en la Sentencia C-355 de 2006, en todo caso debe resaltarse que puede concluirse:

(i) Que la E.P.S. BB sí atendió y examinó a AA, incluso de manera ágil y reiterada;



- (ii) Que la apoderada de la madre de AA no presenta pruebas en donde se demuestre que las respuestas dadas por sus profesionales de la salud hubieran sido “*evasivas*” o “*insuficientes*”, ni que demuestren, desde el punto de vista médico científico, que las valoraciones especializadas señaladas y ordenadas o la junta médica programada no fueran necesarias para poder practicarle o no a una menor de edad un procedimiento tan invasivo como lo es un aborto o “I.V.E.”, sobre todo considerando el avanzado estado de la gestación;

- (iii) Que en ningún momento se demuestra que el diagnóstico de acuerdo con el cual el embarazo era “*de alto riesgo*” equivalga a un certificado de riesgo para la salud y vida de la madre y, por el contrario, de lo que señala la misma apoderada de la ONG se infiere que lo que el ginecólogo (cuyo nombre no se indica en la Sentencia) de la clínica materno infantil de MM señaló fue que el embarazo era de alto riesgo por la edad de AA. Esto, aunque al mismo tiempo sostuvo que ese riesgo podía manejarse;

- (iv) Que en ningún momento se demuestra que la psicóloga de la sede country de la I.P.S. JJ (que en la Sentencia tampoco se indica si está adscrita o no a la E.P.S. BB) que “*indagó*” sobre el estado emocionado de AA el dos (2) de junio de 2011, efectivamente haya manifestado que no iba a entregar ningún reporte escrito, y esto tampoco fue verificado por la Sala Octava de Revisión;

- (v) Que en ningún momento se señala cómo fue valorada AA por un psiquiatra (cuyo nombre tampoco se precisa en la Sentencia) de esa misma I.P.S., para realizar un reporte completo sobre su salud mental ese mismo dos (2) de junio, y nuevamente tampoco se hace ningún pronunciamiento o



verificación por parte de la Sala de Revisión respecto del hecho de que un psiquiatra supuestamente certifique un embarazo de alto riesgo, cuando ello no corresponde a su especialidad, ni se precisa cuál fue el riesgo para la salud recomendado por ese profesional ni si el manejo de los síntomas de ansiedad de la menor incluía, en su concepto, la práctica de un aborto, o si por el contrario, éste incluso podría agravarla;

- (vi) Que en ningún momento la apoderada de la madre de AA demuestra que efectivamente el nueve (9) de junio de 2011 una señora (NN) de la sede administrativa de BB hubiese recomendado a la madre de AA que expusiera el caso ante una Comisaría de Familia como una supuesta violación, ni esta Vista Fiscal encuentra en la Sentencia que la Sala Octava haya adelantado ninguna gestión dirigida a verificar y, si fuera el caso, poner en conocimiento de las autoridades esta posible conducta delictiva. De igual forma, mientras la citada apoderada señala que para ese momento AA contaba con veinticuatro (24) semanas de gestación, según lo que este Despacho puede constatar, con base en la información consignada en la misma Sentencia de Tutela, para ese momento, en que, según se informa, se realizó una junta médica materno-fetal, AA tenía ya veintiséis (26) semanas de gestación o seis (6) meses y medio de embarazo;
- (vii) Que en ningún momento la apoderada perteneciente a la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres demostró que en la semana del doce (12) al dieciocho (18) de junio de 2011, cuando AA ya tenía veintisiete (27) semanas o casi siete (7) meses de embarazo, alguien (por qué en la Sentencia tampoco se precia quién) les hubiere informado telefónicamente que se había determinado no practicarle el aborto o I.V.E. a AA, ni suministró prueba alguna tendiente a refutar que fuera inexacto, falso o equivocado que, como allí supuestamente se



les informó, la vida de AA no se encontraba en grave peligro y el embarazo estaba demasiado avanzado como para poder practicar el procedimiento;

(viii) Que el sólo hecho de que el 20 de septiembre de 2011 AA hubiera dado a luz a un bebé vivo, sin que su vida o la del menor al parecer se haya visto afectada, es una prueba irrefutable de que la continuación del embarazo no afectó su vida y un importante indicio de que tampoco afectó su salud. Y, en todo caso, la apoderada de la accionante no demostró que AA hubiera tenido alguna complicación "psicosocial", como tampoco lo demostró ni lo verificó la Sala Octava de Revisión;

25. Finalmente, en sentencia con Ponencia del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto y suscrita por la Magistrada María Victoria Calle Correa, fechada el tres (3) de noviembre de 2011, pero publicada en la página web de la Corte Constitucional y divulgada por los medios de comunicación el viernes veinticuatro (24) de febrero 2012, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional resolvió:

"Primero.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado PP que decidió negar el amparo de los derechos fundamentales de la actora, para en su lugar declarar la carencia actual de objeto por daño consumado en razón de la frustración del acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, en la acción de tutela instaurada por Balder, en representación de su hija menor de edad AA, en contra de BB E.P.S.

Segundo.- CONDENAR en abstracto a BB E.P.S. a pagar el daño emergente y todos los demás perjuicios causados a AA por la negativa ilegítima de la interrupción voluntaria del embarazo, de conformidad con el artículo 25 del decreto 2591 de 1991. Los perjuicios deberán ser reparados en su integridad, para lo cual se deberá tener en cuenta, especialmente, la condición de menor de edad de AA y el daño ocasionado a su salud mental y a su proyecto de vida como consecuencia de la negación ilegítima del acceso a la IVE, a la cual tenía derecho.

La liquidación de los perjuicios se hará por el juez administrativo de QQ -reparto-, por el trámite incidental, el que



deberá iniciarse dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación respectiva y deberá ser decidido en el término de los seis (6) meses siguientes, para lo cual la Secretaría General de esta Corporación remitirá inmediatamente copias de toda la actuación surtida en esta tutela a la Oficina Judicial respectiva.

Tercero.- ORDENAR a BB E.P.S. que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la comunicación de la presente sentencia, como parte de la reparación ordenada en el numeral anterior, comience a prestarle a AA todos los servicios médicos que requiera a causa del nacimiento que se produjo, en lo que se refiere a su salud física pero especialmente en lo tocante con su salud mental. Al ser estos servicios parte de la reparación, no estarán limitados a los servicios incluidos en el POS sino a todos los necesarios de acuerdo con el criterio médico.

Así también la E.P.S. deberá prestar atención en salud al hijo de AA, mientras no pueda ser incluido en el régimen contributivo o subsidiado de salud, para lo cual la peticionaria deberá adelantar las gestiones necesarias en caso de no haberlo hecho hasta el momento.

Cuarto.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a la Secretaría de Salud de QQ y a la Secretaría de RR de QQ que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la comunicación de la presente sentencia, inicien los trámites para que, si AA lo desea, se le incluya en todos los programas dirigidos a madres adolescentes que estén disponibles y sean aplicables a su situación.

Quinto.- COMPULSAR copias del expediente a la Superintendencia Nacional de Salud para que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la comunicación de la presente sentencia, en ejercicio de sus competencias, investigue y si es del caso sancione, las posibles faltas en que se pudo incurrir en este caso BB E.P.S., lo que deberá incluir la corroboración de los hechos referidos en el párrafo 38 de la parte motiva de la presente sentencia.

Sexto.- PREVENIR a BB E.P.S para que en adelante responda oportunamente a las solicitudes de IVE y se abstenga de exigir requisitos adicionales a los fijados en la sentencia C-355 de 2006.

Séptimo.- ORDENAR a la Superintendencia Nacional de Salud que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la comunicación de la presente sentencia, por los medios que considere efectivos y adecuados, inicie acciones tendientes a informar a las empresas promotoras de salud y las instituciones prestadoras de salud que:

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

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

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

Octavo.- ORDENAR a la Secretaría General de esta Corte y al juez de instancia limitar el acceso al expediente a las partes del presente proceso y guardar estricta reserva sobre la identidad de AA, so pena de las sanciones legales que correspondan por el desacato a esta orden judicial.

Noveno.- ORDENAR a BB E.P.S., a la I.P.S. CC, a la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, a la Secretaría de Salud de QQ, a la Personería de QQ, a la Secretaría de RR de QQ, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y a la Superintendencia Nacional de Salud guardar estricta reserva sobre la identidad de AA, so pena de las sanciones legales que correspondan por el desacato a esta orden judicial.

Décimo.- ORDENAR al juez que le corresponda conocer del incidente de liquidación de perjuicios, ordenado en el numeral segundo de la presente sentencia, reservar en la sentencia la identidad de la titular del derecho y cualquier otro dato que conduzca a su identificación, así como restringir el acceso al



expediente a las partes del proceso, a quienes debe ordenar guardar la misma reserva, so pena de las sanciones legales que correspondan por el desacato a esta orden judicial.

Undécimo.- ORDENAR a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la comunicación de la presente sentencia, por los medios que estime más eficientes y adecuados, inicie actividades tendientes a informar a todos los jueces de la República lo siguiente:

(i) Todo juez que conozca de una tutela interpuesta para exigir el derecho fundamental a la IVE, en todo caso y con independencia del resultado del proceso, tiene la obligación de reservar en la sentencia la identidad de la titular del derecho y cualquier otro dato que conduzca a su identificación, lo que incluye no sólo su nombre sino, entre otros, su documento de identificación, lugar de residencia, números telefónicos, nombres de familiares, hijos, cónyuges o compañeros, instituciones de salud y personal médico que la atendió.

(ii) Esta reserva de identidad se deberá asegurar también a través de la limitación del acceso al expediente a las partes del proceso, quienes de todos modos deben guardar la misma reserva.

Décimo SEGUNDO.- Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991".

3. DE LA MANERA COMO EN LA SENTENCIA T-841 DE 2011 SE INCURRIÓ EN UNA "OSTENSIBLE, PROBADA, SIGNIFICATIVA Y TRASCENDENTAL" VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO

En el desarrollo de este numeral se tendrá en cuenta la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los requisitos que deben cumplirse para provocar una nulidad de una sentencia de tutela, los cuales están centrados en acreditar la existencia de una grave violación al debido proceso, para lo cual explicaré, de manera clara y expresa, cuáles fueron los preceptos constitucionales transgredidos y cuál fue su incidencia en la decisión adoptada, demostrando, así, que la Sala Octava de Revisión, al proferir la Sentencia T-844 de 2011, incurrió en una irregularidad "ostensible, probada, significativa y trascendental, es decir, que tenga



repercusiones sustanciales y directas en la decisión o en sus efectos” (Auto 031 A de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett).

Debo, sin embargo, insistir en que esta Vista Fiscal, según las afirmaciones presentadas en el numeral 1) de este escrito, tiene limitado su derecho-deber de probar las ostensibles irregularidades en las que ha incurrido la Sala Octava de Revisión al proferir la Sentencia T-844 de 2011 porque no ha podido acceder a todo el cuerpo del expediente y ni siquiera conocer la sentencia de instancia que antecedió al fallo de la Corte Constitucional, con lo cual la exigencia de probar las irregularidades parece volver a instaurar las llamadas “pruebas diabólicas”, ya no sólo para exigir probar los hechos negativos sino también para exigir probar lo imposible. Pero, dado que *ad impossibilia nemo tenetur*, esta Vista Fiscal hará uso, como único medio probatorio, de la Sentencia de Tutela cuestionada.

Para tal efecto, invocaré tres causales específicas: (i) violación al derecho fundamental al debido proceso por apartarse del criterio de interpretación fijado por la jurisprudencia constitucional respecto a la carencia de objeto; (ii) violación al derecho fundamental al debido proceso por desconocer la Sala Octava de Revisión en la Sentencia T-841 de 2011 la cosa juzgada constitucional sobre el tipo penal de aborto configurada en la Sentencia C-355 de 2006 y (iii) violación al derecho fundamental al debido proceso porque la Sala Octava de Revisión al proferir la Sentencia T-841 de 2011 se extralimitó en sus funciones como Sala de Revisión y, por tanto, desconoció la Constitución Política.

3.1. Primera Causal: Violación al Derecho Fundamental al Debido proceso por apartarse la Sala Octava de Revisión, en la Sentencia T-841 de 2011, del criterio de interpretación fijado por la Corte Constitucional respecto a la carencia de objeto

Como bien lo recordaba recientemente la Sala Novena de Revisión en una sentencia de tutela incluso relativa a la misma materia, Sentencia T-636 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva):



"La acción de tutela fue concebida en el ordenamiento constitucional colombiano como un recurso judicial especialmente diseñado para la protección de los derechos fundamentales, ante la amenaza o vulneración efectiva de los mismos, producida por cualquier autoridad pública (artículo 86 C.P.). Consecuencia necesaria del sentido constitucional de la acción, y de su relación inescindible con la protección de los derechos fundamentales, es que si la amenaza o la vulneración a los mismos se suspende, la acción pierde su razón de ser, o su objeto constitucional.

Por otra parte, desde una perspectiva práctica, si se repara en que la protección constitucional a los derechos fundamentales, se concreta en órdenes perentorias a las autoridades competentes o concernidas con la protección del derecho afectado, resulta evidente que ante la cesación del hecho que da lugar a la presentación de la tutela, cualquier orden resulta por completo inocua o superflua. Este fenómeno ha sido estudiado por la jurisprudencia constitucional bajo la categoría de hecho superado, entendido como la carencia de objeto sobre el cual deba pronunciarse el juez de tutela".

En el mismo sentido, el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 dispone que "[l]a acción de tutela no procederá: [...] 4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho".

A pesar de lo anterior, como ya lo señalaba este Despacho al solicitar la nulidad de las Sentencias T-388 de 2009 y T-585 de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), de conformidad con las reglas jurisprudenciales sentadas por la Corte Constitucional, en las sentencias de tutela, cuando se presenta lo que se ha denominado una "carencia actual de objeto" y, por lo tanto, cuando ya no resulta viable emitir la orden de protección solicitada en la acción de tutela, en todo caso la Sala de Revisión debe:

- (i) "[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".



- (ii) “[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) “[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”.
- (iv) “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” (Sentencias T-585 de 2010 y T-841 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

En el caso de la Sentencia T-841 de 2011, sin embargo, esta Vista Fiscal encuentra que la Sala Octava de Revisión, los Magistrados que la suscribieron o su Magistrado Ponente, al determinar positivamente que “la E.P.S. BB vulneró el derecho fundamental a la IVE de la niña AA al no responder y no acceder a su petición de IVE a pesar de que, a juicio de la peticionaria, está incurso en una de las hipótesis en que ésta no es punible de conformidad con la sentencia C-355 de 2006 –peligro la salud física o mental de la gestante–”, que fue como se formuló el problema jurídico para resolver, aún cuando los derechos fundamentales invocados por la accionante, según se narra en la misma Sentencia, en realidad fueron “la protección de los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud de su hija menor de edad AA”. En efecto, la Sala Octava de Revisión en la Sentencia impugnada

- (i) Declaró la carencia actual de objeto acaecida como efecto de que AA ya había dado a luz a su hijo, lo que hacía imposible ordenar que se le practicara un aborto con el fin de proteger sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud; y, sin embargo, al mismo tiempo resolvió revocar la acción de tutela de primera

instancia pero no porque se hubiera concluido que se vulneraron los derechos fundamentales invocados sino esta carencia actual de objeto, aún cuando el nacimiento del hijo de AA se dio con posterioridad a que el juez de primera instancia hubiese conocido el caso y fallado sobre el mismo;

- (ii) Condenó en abstracto a la E.P.S. BB a pagar tanto el daño emergente como *"todos los demás perjuicios supuestamente causados a AA"*, aún cuando en el proceso de tutela nunca se demostró que el nacimiento de su hijo le hubiere causado daño alguno sino, por el contrario, tan sólo se intentó demostrar, por parte de su madre y de su apoderada, que la continuación del embarazo representaba un riesgo para su salud y su vida, que fueron los reproches y las acusaciones de los que la E.P.S. demandada (BB) tuvo oportunidad de defenderse en el proceso de única instancia. Y esto también a pesar de que, como se recuerda en la misma Sentencia, *"la acción de tutela tiene un carácter eminentemente preventivo más no indemnizatorio, por regla general"*, *"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"* y *"tal vía procesal [(la acción de tutela)] tiene un carácter eminentemente preventivo mas no indemnizatorio"*.

Lo anterior pues, en efecto, si bien el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 permite que el juez de tutela puede oficiosamente ordenar, en abstracto la indemnización del daño, al tenor de lo dispuesto en ese mismo artículo esto sólo sucede para el *"daño emergente"* y *"cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, y la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria"*, requisitos que de ninguna forma se cumplieron en la Sentencia T-841 de 2011 y que claramente no pueden simplemente deducirse de los antecedentes fácticos del caso,



en donde, de lo que narra la misma Sala Octava, claramente se desprende que la E.P.S. BB fundamentó su negativa a practicar a AA un aborto o I.V.E. en exámenes, criterios y argumentos médicos, que incluso fueron en su momento respaldados por el Ministerio Público y admitidos por el juez de instancia.

(iii) Condenó en concreto y no en abstracto, aún cuando ello claramente trasciende absolutamente los límites de la acción de tutela, ordenando indemnizar perjuicios distintos al daño emergente que de ninguna manera fueron calculados o siquiera estimados en la Sentencia de revisión y frente a los que la entidad accionada no tuvo oportunidad alguna de defenderse, al ordenarle a esta última que *"comience a prestarle a AA todos los servicios médicos que requiera a causa del nacimiento que se produjo, en lo que se refiere a su salud física pero especialmente en lo tocante con su salud mental. Al ser estos servicios parte de la reparación, no estarán limitados a los servicios incluidos en el POS sino a todos los necesarios de acuerdo con el criterio médico"* y *"prestar[le] atención en salud al hijo de AA, mientras no pueda ser incluido en el régimen contributivo o subsidiado de salud, para lo cual la peticionaria deberá adelantar las gestiones necesarias en caso de no haberlo hecho hasta el momento"*. Esto, como si la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional entendiera que un ser humano, un niño o una niña recién nacido, fuera, en sí mismo, un daño provocado y que, en el caso concreto, la E.P.S. demandada fuera la responsable del embarazo y, posteriormente, del hijo de AA.

(iv) Profirió órdenes a entidades públicas que intervinieron en el proceso pero que no ostentaban la calidad de partes, como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Superintendencia Nacional de Salud, además de otras entidades que no hacían parte del proceso del tutela, como es el caso de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y, lo que es más grave, contraviniendo directamente lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 3591 de 1991



porque estas órdenes no se limitan al caso concreto sino que pretenden constituirse en reglas generales que le son oponibles a todas las E.P.S. e I.P.S. y a todos los jueces de la república.

- (v) Eliminó todas las competencias y facultades del Ministerio Público (así como de los terceros que pudieran verse afectados por lo que en la misma se decidió) para cumplir con los requisitos constitucionalmente exigidos para solicitar la nulidad de la presente Sentencia, intervenir en el incidente de liquidación de perjuicios que en la misma se ordena adelantar al fijarle al juez que le corresponda conocer del mismo a *"restringir el acceso al expediente a las partes del proceso [...] so pena de las sanciones legales que correspondan por el desacato a esta orden judicial"* (Resuelve Décimo). Así como hizo todo lo posible para que ni el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación ni ninguna otra autoridad pudiese adelantar alguna actuación relativa a los hechos del caso –en que se pudieron haber actualizado conductas típicas, disciplinarias u otras, así como se pudieron haber vulnerado los derechos fundamentales de una niña de doce años y un bebé recién nacido–.

Como fundamento de todo lo anterior, en la Sentencia que aquí se cuestiona la Sala Octava de Revisión, los Magistrados que la suscribieron o el Magistrado ponente simplemente se limitaron a señalar que *"es claro para la Sala 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 es óbice para emitir un pronunciamiento de fondo sobre la existencia de una violación de derechos fundamentales y sobre si el amparo ha debido ser concedido o negado, 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 aún 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. Adicionalmente, como se dijo, este pronunciamiento judicial puede servir para prevenir futuras violaciones de derechos fundamentales, para reparar perjuicios y para activar los procesos dirigidos a*



derivar responsabilidades administrativas, penales y disciplinarias". Consideración que de ninguna manera permite remplazar o sustituir las normas procesales y jurisprudenciales ya señaladas con respecto a las competencias y obligaciones de las Salas de Revisión cuando se configura una carencia actual de objeto.

3.2. Segunda causal: Violación al Derecho Fundamental al Debido proceso por desconocer la Sala Octava de Revisión en la Sentencia T-841 de 2011 la cosa juzgada constitucional sobre el tipo penal de aborto configurada en la Sentencia C-355 de 2006

De conformidad con el artículo 243 de la Constitución "***[l]os fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional***" (negritas fuera del texto). En consonancia con esta disposición constitucional, el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, relativo a la composición y competencia de la Salas de Revisión de la Corte Constitucional, expresamente dispone que "***[l]os cambios de jurisprudencia deberán ser decididos por la Sala Plena de la Corte, previo registro del proyecto de fallo correspondiente***" (negritas fuera del texto). Por su parte, el Acuerdo 05 de 1992, por virtud del cual se unificó el Reglamento de la Corte Constitucional, dispone en su artículo 53 que: "***[e]n caso de cambio de jurisprudencia, la Sala de Revisión tomará las medidas necesarias para que la Sala Plena disponga de un término razonable para tomar su decisión [...]. Los estudios y propuestas que sobre el tema realice un Magistrado, deberán ser sometidos junto con las ponencias respectivas, a consideración y análisis de la Sala Plena, si así lo solicita, para lo cual registrará en la Secretaría oportunamente, el correspondiente escrito sustentatorio. En este caso, el Magistrado comunicará al Presidente su propósito de intervenir de la manera indicada, con el fin de que se prepare el debate [...]. A solicitud de cualquier Magistrado, para los efectos de cambio de jurisprudencia, la Sala Plena podrá decretar la celebración de una audiencia pública, con participación de personas y entidades nacionales y extranjeras convocadas para tal fin [...]. Mientras la Sala***



Plena adopta la decisión sobre cambio de jurisprudencia, se suspenderán los términos de los respectivos procesos (negrillas fuera del texto).

A pesar de lo anterior, en la Sentencia T-841 de 2011 la Sala Octava de Revisión continuó con el evidente y acelerado proceso que la misma comenzó con la Sentencia T-388 de 2009, dirigido a transformar y superar las fronteras del precedente constitucional sentado en la Sentencia C-355 de 2006, sin consultar o permitir el análisis de la Sala Plena. Esa superación y transformación de las fronteras implica, por su parte, la adopción de nuevas reglas jurisprudenciales sobre el aborto y la consolidación de la tesis defendida en varias ocasiones por la Sala Octava de Revisión de que el aborto es un derecho fundamental.

Así, mientras en esa sentencia de constitucionalidad proferida hace sólo cinco (5) años, la Sala Plena de la Corte Constitucional determinó que era exequible el tipo penal de aborto, pues reiteró que la Constitución Política de 1991 era una Constitución *próvida*⁹ y que la vida era un bien jurídico¹⁰ constitucionalmente protegido¹¹, de donde era razonable y comprensible que el Legislador buscará su protección incluso por medio del derecho penal¹², en

⁹ ***"Puede afirmarse entonces, que en virtud de lo dispuesto en distintos preceptos constitucionales, la Carta de 1991 se pronuncia a favor de una protección general de la vida. Desde esta perspectiva, toda la actuación del Estado debe orientarse a protegerla y no sólo y exclusivamente en un sentido antropocéntrico"***. Sentencia C-355 de 2006 (M.P.s. Jaimer Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández, negrillas fuera del texto).

¹⁰ ***"[L]a vida tiene diferentes tratamientos normativos, pudiendo distinguirse el derecho a la vida consagrado en el artículo 11 constitucional, de la vida como bien jurídico protegido por la Constitución. 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"***. Sentencia C-355 de 2006.

¹¹ ***"[E]l deber de protección a la vida, en su carácter de bien que goza de relevancia constitucional, vincula a todos los poderes públicos y a todas las autoridades estatales colombianas"***. Sentencia C-355 de 2006 (negrillas fuera del texto).

¹² ***"[E]l Poder Legislativo, dada la relevancia de sus funciones dentro de un Estado Social y democrático de derecho, es uno de los principales destinatarios del deber de protección y está obligado a la adopción de disposiciones legislativas con el propósito de salvaguardar la vida de los asociados [... Y] más allá de la discusión de si el nasciturus es una persona y en esa calidad titular de derechos fundamentales, es una vida humana en gestación, y como tal el Estado colombiano tiene un claro deber de protección que se deriva, como antes se dijo, de numerosas disposiciones constitucionales. Deber de protección que tiene un alcance amplio, pues no sólo significa la asunción por parte del Estado de medidas de carácter prestacional, tomadas a favor de la madre gestante pero orientadas en definitiva a proteger la vida de quien se encuentra en proceso de formación, sino por cuanto también deben adoptarse las normas necesarias para prohibir la directa intervención tanto del Estado como de terceros en la vida que se está desarrollando [...]. Ahora bien, en virtud de su potestad de configuración, el legislador puede introducir***

tanto que la protección de este bien jurídico no era un asunto que interesara o del que pudiera disponer libremente únicamente la madre gestante¹³, pero se concluyó que simplemente era desproporcionado penalizarlo en algunas circunstancias extremas¹⁴ específicamente determinadas y condicionadas¹⁵; en la Sentencia T-841 de 2011, suscrita por sólo dos Magistrados, se reitera el precedente sentado con la Sentencia T-585 de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) –cuya nulidad también fue solicitada por este Despacho el 13 de diciembre de 2010, sin que todavía la Sala Plena se haya pronunciado definitivamente sobre el mismo¹⁶–, y se reitera una y otra vez que el

distinciones en cuanto a la tipificación de las conductas que atenten contra la vida como bien constitucionalmente protegido, así como la modalidad de la sanción [...] corresponde en primer lugar al legislador decidir entre el universo de medidas posibles aquellas más adecuadas para proteger los bienes jurídicos de relevancia constitucional y su decisión, en principio, sólo podrá ser objeto de control cuando resulte manifiestamente desproporcionada o irrazonable [...] el legislador colombiano decidió adoptar medidas de carácter penal para proteger la vida en gestación. Tal decisión, sin entrar a analizar el contenido específico de cada norma en particular, no es desproporcionada por la trascendencia del bien jurídico a proteger". Sentencia C-355 de 2006 (negritas fuera del texto).

¹³ "[L]a interrupción del embarazo no es abordada por nuestro ordenamiento constitucional como un asunto exclusivamente privado de la mujer embarazada y por lo tanto reservada al ámbito del ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad [...]. En efecto, como se expuso con anterioridad, diversos mandatos constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte de bloque de constitucionalidad, le otorgan a la vida en sus diferentes estadios, dentro de los cuales se incluye por supuesto la vida en gestación, el carácter de bien constitucionalmente protegido [...]. Por esa misma razón, no puede argumentarse que la penalización del aborto sea una medida perfeccionista dirigida a imponer un determinado modelo de virtud o de excelencia humana bajo la amenaza de sanciones penales. [...]. En el caso concreto, como se ha sostenido reiteradamente, la vida del nasciturus es un bien protegido por el ordenamiento constitucional y por lo tanto las decisiones que adopte la mujer embarazada sobre la interrupción de la vida en gestación trascienden de la esfera de su autonomía privada e interesan al Estado y al legislador". Sentencia C-355 de 2006 (negritas fuera del texto).

¹⁴ "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". Sentencia C-355 de 2006 (negritas fuera del texto).

¹⁵ "[S]i bien no resulta desproporcionada la protección del nasciturus mediante medidas de carácter penal y en consecuencia la sanción del aborto resulta ajustada a la Constitución Política, la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del nasciturus, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional [...] por esta razón, no deberá sancionarse el aborto] cuando el embarazo sea resultado de una conducta, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, así como de incesto, es preciso que el hecho punible haya sido debidamente denunciado ante las autoridades competentes [...]. No se trata sin embargo de la única hipótesis en la cuales resulta claramente desproporcionada la sanción penal del aborto [...]. Se trata también de aquellos eventos en los cuales está amenazada la salud y la vida de la mujer gestante, pues resulta a todas luces excesivo exigir el sacrificio de la vida ya formada por la protección de la vida en formación". Sentencia C-355 de 2006.

¹⁶ La solución de este incidente ha sido incluida en el Orden del Día de la Sala Plena de la Corte Constitucional desde octubre de 2011 y el 23 de febrero de 2012 fue señalada en el



ordenamiento jurídico ha reconocido el derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo.

Para desarrollar la causal invocada haré referencia en primer término al *iter* secuencial de la argumentación de la Sala Octava de la Corte Constitucional sobre el llamado derecho al aborto. En la segunda parte desarrollaré la cualificación que hace la Sentencia T-841 de 2011 sobre el mencionado derecho.

3.2.1. El iter secuencial de la argumentación de la Sala Octava de Revisión en la Sentencia T-841 de 2011 para considerar el derecho fundamental a la IVE

Para desarrollar este numeral seguiré de manera secuencial la Sentencia T-841 de 2011 y transcribiré los párrafos en los que la Sala Octava de Revisión hace referencia al derecho fundamental a la IVE.

1. En el problema jurídico, numeral 2 de las Consideraciones y los Fundamentos de la Sentencia, se afirma: "*En atención a lo expuesto, esta Sala de Revisión debe determinar si la E.P.S. vulneró **el derecho fundamental a la IVE** de la niña AA al no responder y acceder a su petición de IVE a pesar de que, a juicio de la peticionaria, está incurso en una de las hipótesis en que ésta no es un punible de conformidad con la sentencia C-355 de 2006 –peligro la salud física o mental de la gestante (sic)–*" (negrillas fuera del texto).
2. En la determinación de los tópicos para ser desarrollados, numeral 3 de las Consideraciones y los Fundamentos de la Sentencia aquí cuestionada, se lee: "*(i) la obligación de reservar la identidad de las mujeres que interponen acción de tutela para exigir su **derecho fundamental a la IVE**, [...], (iii) **el derecho fundamental de las mujeres a la IVE como derecho reproductivo** y las correlativas*

primer lugar del mismo para la Sesión Extraordinaria programada para el martes veintiocho (28) de febrero del presente año.

*obligaciones de respeto y garantía en cabeza del Estado y los promotores y prestadores del servicio de salud; (iv) el **derecho fundamental a la IVE** cuando existe peligro para la vida o la salud física o mental de la gestante [...] y (v) **la faceta de diagnóstico del derecho fundamental a la IVE** cuando existe peligro para la vida o la salud física o mental de la gestante"* (negrillas fuera del texto).

3. En uno de los subtítulos, correspondiente a los numerales 4 y siguientes de las Consideraciones y los Fundamentos de la Sentencia, se afirma: "**Obligación de reservar la identidad de las mujeres que interponen acción de tutela para exigir su derecho fundamental a la IVE**" (negrillas en el texto).
4. En el numeral 4 de las Consideraciones y los Fundamentos de la Sentencia objeto de debate, la Sala Octava de Revisión concluye que "*los jueces de tutela en todo caso reserven la identidad de las mujeres –incluidas las niñas– que solicitan el amparo (sic) su **derecho fundamental a la IVE**, sin importar si el amparo es finalmente concedido o negado*" (negrillas fuera del texto).
5. En la conclusión del numeral 6 de las Consideraciones y los Fundamentos de la Sentencia impugnada, la Sala Octava de Revisión concluye que "*el juez de tutela al cual acude una mujer para exigir su **derecho fundamental a la IVE** debe siempre reservar su identidad*" (negrillas fuera del texto).
6. En el numeral 6 segundo párrafo de las Consideraciones y los Fundamentos de la Sentencia T-841 de 2011, se afirma: "*Aunque **la decisión de someterse a una IVE** –en los casos despenalizados por la sentencia C-355 de 2006– no solamente **es legal sino totalmente respetable al ser tomada en ejercicio de un derecho fundamental fundado en otros de suma importancia en nuestro Estado Social de Derecho** –como la vida, la salud física y mental, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad–, es innegable que aún es objeto de reproches morales y religiosos por parte de la sociedad. La*

*posibilidad de verse sometida a este tipo de juicios puede disuadir a una mujer de acudir a la justicia a exigir su **derecho fundamental a la IVE**, y en este sentido, la reserva de su identidad pretende extraer del conocimiento público esta decisión, impedir que se vea expuesta a los mismos y, de esta forma, crear condiciones favorables para que acceda a la justicia” (negrillas fuera del texto).*

7. En el numeral 7 de las Consideraciones y los Fundamentos de la Sentencia se concluye que la reserva de la identidad de la mujer *“busca además garantizar **el derecho fundamental a la IVE** en sí mismo y los derechos a la vida y a la salud de las mujeres que se encuentran en las hipótesis despenalizadas por la sentencia C-355 de 2006”*.
8. En el numeral 8 de las Consideraciones y los Fundamentos de la Sentencia se reitera *“que todo juez que conozca de una tutela interpuesta para exigir **el derecho fundamental a la IVE**, en todo caso y con independencia del proceso, tiene la obligación de reservar en la sentencia la identidad de la **titular del derecho** y cualquier otro dato que conduzca a su identificación, lo que incluye no sólo su nombre, sino, entre otros, su documento de identificación, lugar de residencia, números telefónicos, nombres de familiares, hijos, cónyuges o compañeros, instituciones de salud y personal médico que la atendió”* (negrillas fuera del texto).
9. En la conclusión del numeral 8 de las Consideraciones y los Fundamentos de la Sentencia, se lee: *“Adicionalmente, con el objetivo de asegurar que la obligación de reservar la identidad de las mujeres que interponen acción de tutela para exigir su **derecho fundamental a la IVE** en adelante sea conocida y cumplida por todos los jueces de tutela, en la parte resolutive de la presente sentencia la Sala ordenará a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura adelantar gestiones para que así sea”* (negrillas fuera del texto).



10. En el subtítulo correspondiente a los numerales 15 y siguientes de las Consideraciones y los Fundamentos de la Sentencia, se lee: "***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. Reiteración de jurisprudencia***" (negrillas fuera del texto).

11. En el numeral 16 correspondiente a las Consideraciones y los Fundamentos de la Sentencia, se afirma: "*Como se expresó en la sentencia T-585 de 2010 –también impugnada por este Despacho–, 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 hipótesis despenalizadas**; afirmación que se fundamentó en una reconstrucción de las argumentación empleada en la mencionada sentencia de constitucionalidad*" (negrillas fuera del texto).

12. En el numeral 17 correspondiente a las Consideraciones y los Fundamentos de la Sentencia, se lee: "*Reitera la Sala en esta oportunidad que **el derecho a la IVE tiene per se carácter fundamental** ya que **hace parte de los derechos reproductivos y más exactamente de la autonomía reproductiva**, cuyo rango fundamental fue reconocido por la Corte en la misma sentencia C-355 de 2006. En esta última afirmó que 'los derechos reproductivos son una categoría de los derechos humanos' y que estos 'incluyen el derecho fundamental de todas las personas a decidir libremente el número y el espaciamiento de hijos (...)' (subrayas fuera del texto original). Como se ve la sentencia aludió expresamente a la naturaleza fundamental del derecho a la autodeterminación reproductiva y **si la IVE –en las hipótesis despenalizadas– es parte del derecho fundamental a la autodeterminación reproductiva, entonces es lógico concluir que esta facultad también es de carácter fundamental**" (negrillas fuera del texto).*



13. En el numeral 20 de las Consideraciones y Fundamentos de la Sentencia impugnada, se afirma: *"En la Sentencia T-585 de 2010 se resaltó que **el reconocimiento de la IVE** –en los casos despenalizados– **como derecho fundamental** 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"* (negrillas fuera del texto).
14. En el numeral 21 de los Consideraciones y los Fundamentos de la Sentencia, se reitera: *"De conformidad con todo lo anterior es imperioso concluir, como lo hizo la sentencia T-585 de 2010, que a partir de la sentencia C-355 de 2006 existe en Colombia un **derecho a la IVE en cabeza de las mujeres que se encuentran incursas en las hipótesis despenalizadas**, el cual a su vez deriva del contenido de los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida y a la salud física y mental"* (negrillas fuera del texto).
15. En el párrafo siguiente se afirma: *"También es necesario reiterar que **este derecho** [a la IVE] **tiene rango fundamental** al inscribirse en una categoría –los derechos reproductivos– que ha sido considerada de naturaleza fundamental por la jurisprudencia constitucional"* (negrillas fuera del texto).
16. En el párrafo tercero del numeral 21 correspondiente a las Consideraciones y los Fundamentos de la Sentencia, se afirma: *"De este reconocimiento del **derecho fundamental a la IVE** –en las circunstancias despenalizadas– se desprende para el Estado y los particulares que participan del Sistema General de Seguridad Social en Salud –E.P.S. e I.P.S.–, la obligación de abstenerse de imponer obstáculos ilegítimos a la práctica de la IVE en las hipótesis despenalizadas –obligación de respeto– y 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 respeto– (negrillas fuera del texto).

17. En el subtítulo correspondiente a los numerales 22 y siguientes de las Consideraciones y los Fundamentos de la Sentencia, se lee: “**El derecho fundamental a la IVE** cuando existe peligro para la vida o salud física o mental de la gestante, los requisitos para proceder a ésta y la imposibilidad de exigir requisitos adicionales. Reiteración de jurisprudencia” (negrillas fuera del texto).
18. En el párrafo segundo del numeral 25 de las Consideraciones y los Fundamentos de la Sentencia impugnada, se lee: “Lo anterior [‘Además, en la sentencia C-355 de 2006 se aclaró también que cada una de las hipótesis despenalizadas ‘tiene carácter autónomo e independiente y por tanto, no se podrá por ejemplo, exigir para el caso de la violación o el incesto, que además la vida o la salud de la madre se encuentre en peligro o que se trate de un feto inviable’ o viceversa] corresponde plenamente con la obligación de respeto del **derecho fundamental a la IVE** a la que se ha aludido en esta sentencia y en la sentencia T-585 de 2010” (negrillas fuera del texto).
19. En el numeral 26 de las Consideraciones y los Fundamentos de la Sentencia impugnada, se lee: “Al tener en cuenta lo explicado queda claro que a partir de la sentencia C-355 de 2006 las mujeres cuya vida o salud física o mental está en riesgo por causa del embarazo tienen **el derecho fundamental de exigir la IVE**, solicitud ante la cual las entidades del sistema de seguridad social en salud sólo pueden exigirles un certificado médico que dé cuenta (sic) tal amenaza ya que este fue el único requisito indicado en la sentencia C-355 de 2006. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, cualquier requisito adicional constituye incumplimiento de la obligación de respetar **el derecho fundamental a la IVE**” (negrillas fuera del texto).
20. En el subtítulo correspondiente al numeral 27 y siguientes de las Consideraciones y los Fundamentos de la Sentencia aquí impugnada,



se afirma: "**La faceta de diagnóstico del derecho fundamental a la IVE** cuando existe peligro para la vida o la salud física o mental de la gestante. Reiteración de jurisprudencia" (negrillas fuera del texto).

21. En el numeral 27 correspondiente a las Consideraciones y los Fundamentos de la Sentencia, se reitera: "En la sentencia T-585 de 2010 esta Sala señaló que **el derecho fundamental a la IVE incluye una faceta de diagnóstico** en los casos de la causal de peligro para la vida o la salud física o mental de la madre" (negrillas fuera del texto).
22. En el numeral 28 correspondiente a las Consideraciones y los Fundamentos de la Sentencia impugnada, se lee: "*En virtud de este contenido del **derecho fundamental a la IVE**, la gestante puede exigir de las entidades públicas y de los particulares que participan del Sistema General de Seguridad Social en Salud –E.P.S., I.P.S. y profesionales de la salud que la atiendan--*" (negrillas fuera del texto)
23. En el numeral 29 correspondiente a las Consideraciones y los Fundamentos de la Sentencia impugnada, se afirma: "*Así, de un lado, la obligación de respeto de **la faceta de diagnóstico del derecho fundamental a la IVE** implica que una E.P.S., o I.P.S. o un profesional de salud no puede*" (negrillas fuera del texto) negar o dilatar las consultas o los exámenes necesarios o la emisión del certificado médico.
24. En el numeral 30 correspondiente a las Consideraciones y los Fundamentos de la Sentencia, se afirma: "*De otro lado, según la sentencia T-585 de 2010, para satisfacer la obligación de garantía de esta **faceta de diagnóstico del derecho fundamental a la IVE**, las entidades públicas y privadas que participan del Sistema General de Seguridad Social en Salud –E.P.S. e I.P.S.– deben contar con protocolos de diagnóstico rápido en aquellos eventos en que los profesionales de la salud advierten la posibilidad de que se configure esta hipótesis o*



en los que la mujer gestante alega estar incurso en ella por los síntomas que presenta" (negrillas fuera del texto).

25. En el numeral 31 correspondiente a las Consideraciones y los Fundamentos de la Sentencia, se reitera: *"De conformidad con lo expresado, en el caso decidido mediante la sentencia T-585 de 2010 esta Sala encontró vulnerado **el derecho fundamental a la IVE en su faceta de diagnóstico** y demostró que el Hospital demandado había incumplido su obligación de respetarlo y garantizarlo" (negrillas fuera del texto).*
26. En el numeral 32 correspondiente a las Consideraciones y los Fundamentos de la Sentencia, se afirma: *"En esta oportunidad la Sala resalta que **la faceta de diagnóstico del derecho fundamental a la IVE** es una aplicación de la ya reiterada y unánime jurisprudencia de esta Corte sobre el denominado derecho al diagnóstico como parte integrante del derecho fundamental a la salud, la cual se ha venido desarrollando aproximadamente desde el año 2003" (negrillas fuera del texto).*
27. En el numeral 34 correspondiente a las Consideraciones y los Fundamentos de la Sentencia, se lee: *"En esta oportunidad la carencia actual de objeto se deriva de un daño consumado pues la amenaza del **derecho fundamental** que se denunciaba en el escrito de tutela –suponiendo que esta tuvo lugar– se ha concretado haciendo imposible lo que se pretendía –**la IVE**–, de modo tal que lo único que procedería es el resarcimiento de los daños que hubieran podido originarse por la pretendida violación al **derecho fundamental**, lo cual es excepcionalmente permitido por medio de la acción de tutela".*
28. En el numeral 35 correspondiente a las Consideraciones y los Fundamentos de la Sentencia, se afirma: *"Es necesario determinar entonces si BB E.P.S. violó **el derecho fundamental de AA a la IVE**. Encuentra la Sala que la respuesta es afirmativa y que ello fue consecuencia de acciones y omisiones imputables a la demandada,*



que revelan el incumplimiento de las **obligaciones de respeto y garantía del derecho fundamental mencionado**" (negrillas fuera del texto).

29. En el último párrafo del numeral 35 de las Consideraciones y los Fundamentos de la Sentencia impugnada, se lee: "*De modo tal que no puede la E.P.S. demandada argumentar que tomarse un mes para apenas iniciar las gestiones tendientes a contestar una petición de IVE es razonable y no constituye un incumplimiento de su obligación de garantizar **el derecho fundamental a la IVE**, pues desde 2006 sabía que es su deber dar respuesta a estas solicitudes en un breve lapso*" (negrillas fuera del texto).
30. En el numeral 36 de las Consideraciones y los Fundamentos de la Sentencia cuestionada, se afirma: "*La segunda de las conductas violatorias del **derecho fundamental a la IVE** de AA por parte de la E.P.S. demandada fue exigirle un requisito adicional al determinado en la sentencia C-355 de 2006 para proceder a la misma. En la sentencia T-585 de 2010 esta Sala resaltó que **el reconocimiento de la IVE – en los casos despenalizados– como derecho fundamental de tipo reproductivo** hizo surgir para las E.P.S. una obligación de respeto, que implica abstenerse de imponer obstáculos ilegítimos a la práctica de la IVE, tales como exigir requisitos adicionales a los descritos en la sentencia C-355 de 2006*" (negrillas fuera del texto).
31. En el último párrafo del numeral 36 de las Consideraciones y los Fundamentos de la Sentencia, se reitera: "*Lo antedicho demuestra que la demandada en efecto vulneró **el derecho fundamental a la IVE** de AA (i) al no garantizarlo mediante una respuesta oportuna a su solicitud de IVE y (ii) al incumplir su obligación de respetarlo ya que se obstaculizó su ejercicio mediante la exigencia un requisito que excedía al que fue fijado en la sentencia C-355 de 2006*" (negrillas fuera del texto).

32. En el numeral 38 de las Consideraciones y los Fundamentos de la Sentencia, se afirma: *"En el escrito allegado al despacho del Magistrado Ponente durante el trámite de revisión, la abogada de la peticionaria también informa ciertos hechos que ocurrieron con posterioridad a la presentación de la acción de tutela y que, de ser ciertos, podrían estimarse como conductas violatorias del **derecho fundamental a la IVE**"* (negrillas fuera del texto).
33. En el último párrafo del numeral 38 correspondiente a las Consideraciones y los Fundamentos de la Sentencia, se afirma: *"En lo que respecta a (iii), se explicó que **la faceta de diagnóstico del derecho a la IVE**, la expedición oportuna del certificado médico para proceder a la IVE, el cual debe responder a los resultados de la valoración médica realizada, lo que significa que una E.P.S., I.P.S., o un profesional de la salud no puede negar o dilatar la emisión del certificado médico una vez hecha la valoración o expedir uno que no corresponda con el diagnóstico efectuado"* (negrillas fuera del texto).
34. En el párrafo cuarto del numeral 39 correspondiente a las Consideraciones y los Fundamentos de la Sentencia, se afirma: *"La sentencia C-355 de 2006 constituye **el contenido mínimo del derecho fundamental a la IVE**, el cual puede ser ampliado por el legislador [...]. Así mismo, las condiciones de ejercicio del **derecho fundamental a la IVE** pueden ser desarrolladas por el legislador, siempre y cuando se respete y garantice **el contenido mínimo del derecho, que fue reconocido por esta Corte**"* (negrillas fuera del texto).
35. En el párrafo siguiente del numeral 39, se insiste: *"En ausencia de una norma legal que establezca una restricción de carácter temporal para la IVE en las hipótesis despenalizadas, esta Sala debe garantizar el mínimo reconocido en la sentencia C-355 de 2006 pues en esta se dejó claro que la falta de desarrollo legal no podía implicar la negación del **derecho a la IVE**"* (negrillas fuera del texto).



36. En el último párrafo del numeral 39, se afirma: *"Una vez hecho este pronunciamiento de fondo, la Sala estima procedente tomar las siguientes medidas en relación con la reparación del daño, las posibles responsabilidades que se derivan de la violación del **derecho fundamental a la IVE** de AA y la prevención de futuras vulneraciones similares"* (negritas fuera del texto).
37. En el numeral 41 de las Consideraciones y los Fundamentos de la Sentencia, se afirma: *"En relación con lo segundo –las posibles responsabilidades que se derivan de la violación del **derecho fundamental a la IVE de AA**– se compulsarán copias del expediente a la Superintendencia Nacional de Salud para que, en el ejercicio de sus competencias, investigue y si es del caso sancione, las posibles faltas en las que pudo incurrir en este caso BB E.P.S., lo que deberá incluir la corroboración de los hechos referidos en el párrafo 38 de la parte motiva de la presente sentencia"* (negritas fuera del texto).
38. En el numeral 43 de las Consideraciones y los Fundamentos de la Sentencia impugnada, se lee: *"Con miras al futuro incidente de liquidación de los perjuicios ocasionados a AA, se ordenará al juez que le corresponde conocer del mismo reservar en la sentencia la identidad de **la titular del derecho** y cualquier otro dato que conduzca a su identificación, así como restringir el acceso al expediente a las partes del proceso, a quienes debe ordenar guardar la misma reserva"*.
39. En el numeral 43 correspondiente a las Consideraciones y los Fundamentos de la Sentencia, se lee: *"Como se anunció, con el objetivo de asegurar que la obligación de reservar la identidad de las mujeres que interpongan acción de tutela para exigir su **derecho fundamental a la IVE** en adelante sea conocida y ampliada por todos los jueces de tutela, se ordenará a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que, por los medios que estime más eficientes y adecuados, informe a todos los jueces de la República lo siguiente:*



- (i) *Todo juez que conozca de una tutela interpuesta para exigir **el derecho fundamental a la IVE**, en todo caso y con independencia del resultado del proceso, tiene la obligación de reservar en la sentencia la identidad de la **titular del derecho** y cualquier otro dato que conduzca a la identificación, lo que incluye no sólo su nombre sino, entre otros, su documento de identificación, lugar de residencia, números telefónicos, nombres de familiares, hijos, cónyuges o compañeros, instituciones de salud y personal médico que la atendió.*

- (ii) *Esta reserva de identidad se deberá asegurar también a través de la limitación del acceso al expediente a las partes del proceso, quienes de todos modos deben guardar la misma reserva" (negrillas fuera del texto).*

40. La consideración anterior se repite en la orden undécima de la Sentencia T-841 de 2011.

Así entonces, el carácter fundamental del derecho al aborto no parece ser tan evidente porque la Sala Octava de Revisión tuvo que hacer referencia en cincuenta y dos ocasiones a expresiones tales como "*derecho fundamental a la IVE*", "*derecho a la IVE*" o "*titular del derecho*" y así mismo determinó su fuente jurídica no sólo en la Sentencia C-355 de 2006, sino en otras Sentencias relativas al aborto como la T-209 de 2008, la T-946 de 2008, la T-388 de 2009 y la T-585 de 2010, las cuales han ampliado lo que la Sala Octava ha denominado "*el contenido mínimo del derecho fundamental a la IVE*".

3.2.2. La cualificación del llamado derecho al aborto según la Sentencia T-841 de 2011 y el cambio en el precedente constitucional y la consecuente modificación de la Sentencia C-355 de 2006



Con base en lo citado anteriormente, el Procurador General de la Nación quisiera llamar la atención de la Sala Plena de la Corte Constitucional sobre el hecho de que en la Sentencia que aquí se cuestiona la Sala Octava de la Corte Constitucional cualifica el derecho a la interrupción del embarazo señalando que el mismo:

- (i) Es *"un derecho fundamental"*;
- (ii) Es *"un derecho reproductivo"*;
- (iii) Es un derecho que incluye la faceta del diagnóstico;
- (iv) Es un derecho que incluye la obligación de respetar la identidad de las mujeres que solicitan el servicio de la interrupción del embarazo;
- (v) Es un derecho fundamental fundado en el derecho a la vida, la salud física y mental, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad de las mujeres que se encuentran en la hipótesis despenalizadas en la Sentencia C-355 de 2006;
- (vi) Es un derecho *"que aún es objeto de reproches morales y religiosos por parte de la sociedad"*;
- (vii) Es un derecho *"fundamental en sí mismo"*;
- (viii) Es un derecho reproductivo que implica correlativas obligaciones de respeto y garantía en cabeza del Estado;
- (ix) Es un derecho del que son titulares las mujeres que se encuentran incursas en las hipótesis previstas en la Sentencia C-355 de 2006;
- (x) Es un derecho que tiene *per se* carácter fundamental;
- (xi) Es un derecho que hace parte de los derechos reproductivos y de la autonomía reproductiva;



- (xii) Es un derecho de rango fundamental reconocido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-355 de 2006;
- (xiii) Es un derecho que se deriva del contenido de los derechos fundamentales a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la vida, la salud física y mental;
- (xiv) Es un derecho del que se desprende para el Estado la obligación de abstenerse de imponer obstáculos ilegítimos a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo (IVE);
- (xv) Es un derecho que faculta a la gestante para exigir de las entidades públicas y de los particulares que participan del Sistema General de Seguridad Social la prestación del servicio de la interrupción voluntaria del embarazo;
- (xvi) Es un derecho que exige en su faceta de diagnóstico que las entidades públicas y privadas que participan del Sistema General de Seguridad Social cuenten con *“protocolos de diagnóstico rápido”*;
- (xvii) Es un derecho que en su faceta de diagnóstico *“es una aplicación de la ya reiterada y unánime jurisprudencia de esta Corte sobre el denominado derecho al diagnóstico como parte integrante del derecho fundamental a la salud”*;
- (xviii) Es un derecho fundamental de tipo reproductivo;
- (xix) Es un derecho cuyo contenido mínimo lo constituye la Sentencia C-355 de 2006;
- (xx) Es un derecho que puede ser ampliado por el Legislador;
- (xxi) Es un derecho que puede exigirse mediante Acción de Tutela.



- (xxii) Es un derecho que supone para todas las E.P.S. e I.P.S. la obligación de prestarlo como un servicio médico dentro de un término de cinco (5) días;
- (xxiii) Es un derecho que tiene condiciones tan amplias que incluso debe garantizarse aun cuando el certificado médico de riesgo para la salud y vida de la madre haya sido proferido por médicos que no están adscritos a la respectiva E.P.S. o I.P.S. o no ostentan la calidad de especialistas, son controvertidos por los especialistas propios de estas instituciones, o son insuficientes porque se demuestra que médicamente al aborto no puede practicarse so pena de poner en riesgo la salud y vida de la madre.

Así, con esta cualificación y a través de lo que llama la *"reconstrucción de la argumentación"* de la Sentencia C-355 de 2006, la Sala Octava de Revisión determina el *"contenido mínimo fundamental"* del llamado derecho a la interrupción voluntaria del embarazo a través de falacias lógicas y de yerros jurídicos que abiertamente desconocen el precedente constitucional y varían la cosa juzgada constitucional.

En efecto, la mencionada Sala afirma en la Sentencia impugnada que *"[c]omo se expresó en la sentencia T-585 de 2010, 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 hipótesis despenalizadas; afirmación que se fundamentó en una reconstrucción de la argumentación empleada en la mencionada sentencia de constitucionalidad"*.

Así, como sustento de esta grave afirmación la Sala Octava de Revisión se limitó a citar su propia jurisprudencia, sin perjuicio de que tanto el artículo 93 de la Constitución Política de 1991 como el artículo 4º del Decreto 2591 de 1991 disponen que *"[l]os derechos protegidos por la acción de tutela se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia"*, en donde nunca se ha reconocido el aborto como un derecho.



Además, en la Sentencia que aquí se cuestiona la Sala Octava de Revisión nuevamente se hizo una particular interpretación de la Sentencia C-355 de 2006 de acuerdo con la cual:

- (i) Si en esta sentencia se *"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– imponen reconocerle la autonomía para decidir libremente si interrumpir o continuar la gestación al menos en las tres precisas circunstancias ya señaladas, de modo tal que la sanción penal resultaba desproporcionada"*, entonces debe entenderse que *"de los derechos fundamentales mencionados la Corte derivó una facultad, es decir, un derecho consistente en decidir si procrear o abstenerse de hacerlo, el cual se activa en cabeza de las mujeres gestantes cuando se encuentran en los eventos antes indicados"*;
- (ii) Dado que *"los derechos reproductivos son una categoría de derechos humanos[, ...] estos 'incluyen el derecho fundamental de todas las personas a decidir libremente el número y el espaciamiento de hijos (...)'(subrayas fuera del texto original) [...y en la] la sentencia [C-355 de 2006 se] aludió expresamente a la naturaleza fundamental del derecho a la autodeterminación reproductiva y si la IVE –en las hipótesis despenalizadas es parte del derecho fundamental a la autodeterminación reproductiva–, entonces es lógico concluir que esta facultad también es de carácter fundamental"*; y
- (iii) *"[L]a pertenencia del derecho a IVE a la categoría de los derechos reproductivos y más específicamente a la autodeterminación reproductiva fue explicada profusamente por esta Sala en las sentencias T-732 de 2009 y T-585 de 2010 [..., en donde se partió] del análisis del contenido de los derechos reproductivos en la Constitución de 1991 y en los tratados internacionales sobre derechos humanos"*



que hacen parte del bloque de constitucionalidad, entendidas estas normas de conformidad con la interpretación efectuada por esta Corte y por los organismos internacionales competentes".

Lo anterior cuando, en primer lugar, lo cierto es que no sólo el aborto no está reconocido como derecho fundamental en la Constitución o en ningún tratado internacional de derechos humanos ratificados por Colombia, sino que en la Sentencia C-355 de 2006 la Sala Plena de la Corte Constitucional expresamente dispuso que **"de las normas constitucionales e internacionales no se deduce un mandato de despenalización del aborto ni una prohibición a los legisladores nacionales para adoptar normas penales en este ámbito"** (negritas fuera del texto) y haciendo referencia específica al Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, precisó que:

"[Aún cuando,] de conformidad con el artículo 93 constitucional, los tratados internacionales de derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad bien sea esta figura entendida en sentido estricto o en sentido lato, como se expuso en un acápite precedente de esta decisión, y sin duda la manera como dichos tratados han sido interpretados por los organismos encargados de establecer su alcance resulta relevante al momento de precisar el contenido normativo de sus disposiciones [...] eso no quiere decir que las recomendaciones y observaciones proferidas por estos organismos internacionales se incorporen de manera automática al bloque de constitucionalidad y por tanto se constituyan en un parámetro para decidir la constitucionalidad de las leyes.

"Adicionalmente, la Corte ha sido enfática en referirse a la jurisprudencia proveniente de instancias internacionales, alusión que atañe exclusivamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, única instancia judicial del Sistema Interamericano. Por lo tanto, con menor razón podría atribuírsele el carácter de bloque de constitucionalidad a las recomendaciones y observaciones formuladas por otros organismos internacionales que no tienen atribuciones judiciales".

En segundo lugar, debe reprocharse que la Sala Octava de Revisión haga las afirmaciones mencionadas cuando de ninguna manera puede concluirse que



dentro del ordenamiento jurídico colombiano toda facultad que tengan los ciudadanos sea un derecho y, por tanto, una fuente de obligaciones para terceros, pues entonces ello podría predicarse de absolutamente toda conducta que no les está legalmente prohibido (artículo 6° Superior), así como de toda conducta típica que excepcionalmente carezca de sanción en virtud de la protección de un derecho fundamental que sí se encuentre reconocido como sería el caso, por ejemplo, de un hurto que se comete en estado de necesidad, de un homicidio que se comete en legítima defensa, del consumo de estupefacientes o de la práctica de una eutanasia en las condiciones establecidas por la jurisprudencia.

Además, cuando se afirmó en la Sentencia T-841 de 2011 *"el reconocimiento de la IVE –en los casos despenalizados- como derecho fundamental 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"*, además de reiterarse una conclusión de su Sentencia T-585 de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) que contraría tanto el tenor literal como el alcance constitucional de la Sentencia C-355 de 2006, la Sala Octava de Revisión pretendió darle alcance a disposiciones contenidas en otras Sentencias de tutela como la T-732 de 2009, T-988 de 2007 y T-388 de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) que, en realidad, tenían su origen no en esas mismas Sentencias sino en el Decreto 4444 de 2006, Decreto que se encuentra provisionalmente suspendido desde el 15 de octubre de 2009 por decisión de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Consejo de Estado¹⁷.

En efecto, únicamente a partir de este Decreto, el cual se encuentra suspendido y ninguna autoridad se encuentra facultada para aplicar o reproducir, si quiera parcialmente, y no de la Sentencia C-355 de 2006 o de las normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad en que ésta se sustenta, podría concluirse que *"el Estado y los particulares que participan del*

¹⁷ Al respecto debe además agregarse que en Auto del 28 de febrero de 2011, la Sección Primera de la mencionada Sala del Consejo de Estado accedió a la solicitud del Procurador General de la Nación de darle prelación al trámite y fallo del proceso de nulidad por inconstitucionalidad promovido contra el citado Decreto.



Sistema General de Seguridad Social en Salud –E.P.S. e I.P.S.-[no sólo tienen] la obligación de abstenerse de imponer obstáculos ilegítimos a la práctica de la IVE en las hipótesis despenalizadas –obligación de respeto– [sino que además 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–”.

Sin embargo, como con absoluta claridad lo precisó la Sala Plena de la Corte Constitucional respecto de la Sentencia T-388 de 2009: **“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”** (Auto 283 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, negrillas fuera del texto). Aceptar lo contrario, equivaldría a decir que en una sentencia de constitucionalidad en la que se estudio y declaró la exequibilidad de un tipo penal, la Sentencia C-355 de 2006, la Corte Constitucional impuso obligaciones al Estado y a todas las E.P.S. e I.P.S. lo cual es absolutamente contrario a los principios democráticos y de legalidad y, como lo concluyó la decisión del Consejo de Estado, equivaldría a decir que una sentencia hiciera las veces de Ley.

En tercer lugar, los derechos sexuales y reproductivos –categoría que en todo caso, como bien se cita en la Sentencia que aquí se cuestiona–, *“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”* (la Declaración de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo del Cairo de 1994, Principio 4) y *“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”* (Sentencia C-355 de 2006)— pertenecen, como también se señala en la misma Sentencia T-841 de 2011, *“a todas las personas”*, y el derecho fundamental para decidir libremente el número y el



espaciamiento de hijos pertenece, por su parte, como lo señala textualmente el artículo 42 de la Constitución Política de 1991, corresponde a *“la pareja”*, es decir, al hombre y la mujer que conforman una familia y no sólo a las mujeres y mucho menos exclusivamente a aquellas que se encuentran en algunas de las causales excepcionales establecidas en la Sentencia C-355 de 2006 para el tipo penal de aborto. Afirmar lo contrario, es decir, señalar que sólo tienen derechos sexuales y reproductivos o derecho a determinar el número de sus hijos las mujeres que se encuentran en alguna de las causales establecidas en la Sentencia C-355 de 2006 y optan por un aborto, carecería completamente de sentido, pues significaría, entre otras, que en esa sentencia de constitucionalidad la Corte Constitucional restringió, más que garantizó, tales derechos, al declarar exequible el tipo penal de aborto y sólo permitir esta conducta en casos excepcionales.

Como conclusión de lo anterior, esta Vista Fiscal debe destacar que en la Sentencia T-841 de 2011 la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, o el Magistrado Ponente y la Magistrada que también suscribió la mencionada Sentencia, desconocieron la cosa juzgada constitucional que sobre el tipo penal de aborto constituye la Sentencia C-355 de 2006, pues si bien en esta Sentencia *“la Corte no excluyó a 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’ [... y por lo tanto, dado que hasta] el momento no hay regulación legislativa alguna [...] sólo se pueden exigir los requisitos indicados en la sentencia C-355 de 2006”*; estos últimos deben entenderse como los únicos requisitos que deben satisfacerse para que la práctica del aborto no constituya delito, pero de ninguna manera como los requisitos que, de cumplirse, dan lugar *“al derecho fundamental de exigir la IVE [de la mujer gestante]”* y que, cuando se presenta esta solicitud *“ante la cual las entidades del sistema de seguridad social en salud [ésta] sólo pueden exigirles un certificado médico que dé cuenta tal amenaza [y] cualquier requisito adicional constituye incumplimiento de la obligación de respetar el derecho fundamental a la IVE”*.

Mucho menos implican, como se pretende en la Sentencia cuestionada, que "el derecho fundamental a la IVE incluye una faceta de diagnóstico en los casos de la causal de peligro para la vida o la salud física o mental de la madre", por virtud de la cual "las entidades públicas y de los particulares que participan del Sistema General de Seguridad Social en Salud -E.P.S., I.P.S. y profesionales de la salud que [...] atiendan [a la madre gestante que desea abortar deban garantizarle]:

- (i) *Una valoración médica oportuna sobre el peligro que representa el embarazo para su vida o su salud. Ésta se debe dar en aquellos eventos en que los profesionales de la salud advierten la posibilidad de que se configure esta hipótesis o cuando la mujer gestante alega estar incurso en ella por los síntomas que presenta. Además, debe ser integral, es decir, incluir una valoración del estado de salud mental pues la sentencia C-355 de 2006 determinó que la amenaza para ella también legítima una solicitud de IVE.*
- (ii) *La expedición oportuna del certificado médico para proceder a la IVE, el cual debe responder a los resultados de la valoración médica realizada";*

[...Que estas entidades deban contar también con:]

- [iii] *"[P]rotocolos de diagnóstico rápido [integrales] en aquellos eventos en que los profesionales de la salud advierten la posibilidad de que se configure esta hipótesis [(riesgo para la salud o la vida)]o en los que la mujer gestante alega estar incurso en ella por los síntomas que presenta".*

[...Y, por último, que a estas entidades al mismo tiempo les esté vedado:]

- "(i) Negar o dilatar la realización de las consultas o exámenes necesarios para verificar si el embarazo amenaza la vida o la salud física o mental de la gestante.*
- (ii) Negar o dilatar la emisión del certificado médico una vez hecha la valoración o expedir uno que no corresponda con el diagnóstico efectuado".*

Semejantes reglas jurisprudenciales, de carácter general y abstracto y con efectos *erga omnes*, no se desprenden de ninguna aparte de la Sentencia C-



355 de 2006 y, si bien se recoge en algunas otras sentencias de tutela proferidas por la Sala Octava y otras Salas de Revisión de la Corte Constitucional, ello tuvo fundamento y se hizo vigencia del suspendido Decreto 4444 de 2006.

3.3. Tercera causal: Violación al derecho fundamental al debido proceso porque la Sala Octava de Revisión al proferir la Sentencia T-841 de 2011 se extralimitó en sus funciones como Sala de Revisión y, por tanto, desconoció la Constitución Política

Como ya se ha demostrado previamente en el presente escrito, en la Sentencia T-841 de 2011 la Sala Octava de Revisión se extralimitó en sus funciones como Sala de Revisión al (i) modificar y exceder los límites del precedente constitucional que configura la Sentencia C-355 de 2006 y (ii) al dictar órdenes que no se corresponden con la actualización de una carencia actual de objeto y con naturaleza y límites de la acción de tutela. En este acápite, sin embargo, esta Vista Fiscal desea destacar cómo en la parte resolutive de la Sentencia cuestionada la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional (iii) vulneró directamente la Constitución Política en lo atinente al derecho a la administración de justicia y (iv) se abrogó competencias de la Sala Plena de esa Corporación, así como competencias del Legislador y de las autoridades administrativas, incluso reproduciendo parcialmente un acto administrativo que se encuentra suspendido.

En relación con el derecho a la administración de justicia esta Vista Fiscal considera de suma relevancia destacar que la Sala Octava de Revisión en la Sentencia aquí impugnada, como lo manifesté en el numeral 1) de este escrito, tanto en su parte motiva como resolutive, desconoce la Constitución Política al impedir conocer las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las cuales tuvieron ocurrencia los hechos que dieron origen a la Sentencia T-841 de 2011. En efecto, la Constitución Política en su artículo 228 establece que las actuaciones de la administración de justicia "*serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley*", principio que se limita al restringir de manera desproporcionada el acceso al expediente y a



saber cuál fue en verdad la situación que en el presente caso condujo a que la Sala Octava de Revisión proferiera la Sentencia aquí impugnada. Las excepciones al carácter público de las actuaciones judiciales deben ser establecidas legalmente, según lo dispuesto por el artículo 228 constitucional, no por una decisión de tutela que en principio sólo tiene efecto entre las partes.

De esta forma, impedir que se conozcan actuaciones públicas también implica una lesión al derecho para acceder a la administración de justicia que debe entenderse, como lo ha interpretado la Corte Constitucional, en un sentido amplio no sólo como la posibilidad de presentar solicitudes ante las autoridades judiciales sino que éstas sean resueltas con base en los hechos y en el respeto de los derechos fundamentales.

Por otra parte, si los jueces, como lo establece, el artículo 230 constitucional *"en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley"*, ese *"imperio"* debe traducirse en que el ejercicio de la función de administrar justicia por parte de los Magistrados de la Corte Constitucional no puede crear subreglas constitucionales, como las establecidas por la Sala Octava de Revisión en la orden undécima del Resuelve de la Sentencia aquí impugnada, porque ello afecta la autonomía de los jueces (artículo 228 constitucional).

En segundo lugar, además de la manera aquí ya señalada en que la Sala Octava de Revisión hizo caso omiso de la cosa juzgada constitucional que sobre el tipo penal de aborto constituye la Sentencia C-355 de 2006, usurpando así una competencia exclusiva de la Sala Plena, al hacerlo obviamente también sobrepasó los límites que, de conformidad con el artículo 35 del Decreto 2591 de 1991¹⁸, corresponden a una decisión de revisión de tutela, como son los de (i) revocar o modificar el fallo, (ii) unificar la jurisprudencia constitucional o (iii) aclarar el alcance general de las normas constitucionales.

¹⁸ "ARTICULO 35. DECISIONES DE REVISION. Las decisiones de revisión que revoquen o modifiquen el fallo, unifiquen la jurisprudencia constitucional o aclaren el alcance general de las normas constitucionales deberán ser motivadas. Las demás podrán ser brevemente justificadas. La revisión se concederá en el efecto devolutivo, pero la Corte podrá aplicar lo dispuesto en el artículo 7 de este Decreto".



Así, en la parte resolutive de la Sentencia T-841 de 2011, además de lo que ya se ha dicho, si bien se revocó el fallo de primera instancia, esto se hizo, según se indica en el Resuelve Primero de la misma, *"para en su lugar declarar la carencia actual de objeto por daño consumado en razón de la frustración del acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, en la acción de tutela instaurada por Balder, en representación de su hija menor de edad AA, en contra de BB E.P.S"*, a pesar de que esta modificación en los hechos se dio con posterioridad a que el mencionado fallo fuese proferido, y además simplemente *"suponiendo"*¹⁹ que a la hija de la accionada, AA, se le causó un daño en su salud y en su vida como consecuencia de haberle negado la práctica de un aborto, cuando ello no se encuentra demostrado ni fue debatido por las partes ni siquiera de forma sucinta en el proceso (según lo que se registra en el texto de la Sentencia).

En segundo lugar, en la citada Sentencia no se unificó sino que, por el contrario, como ya se ha señalado, se cambió o sustituyó la jurisprudencia constitucional sobre el tipo penal sentada por la Sala Plena de esta Corporación, y en su lugar se reiteró la particular interpretación esbozada únicamente por la misma Sala Octava de Revisión en la también cuestionada Sentencia T-585 de 2010 y se pretendieron mantener los alcances de ésta y otras sentencias de tutela proferida por esa misma Sala y por otras Salas de Revisión con fundamento y en vigencia de una norma administrativa que hoy se encuentra suspendida: El Decreto 4444 de 2006. Lo anterior, cuando de conformidad con el artículo 53 del Reglamento de la propia Corte Constitucional (Acuerdo 05 de 1992), *"[e]n caso de cambio de jurisprudencia, la Sala de Revisión tomará las medidas necesarias para que la Sala Plena*

¹⁹ De manera explícita se dice en el numeral 34 de la Sentencia cuestionada: *"en el caso de la referencia se presenta una carencia actual de objeto que determina que sea imposible que la orden solicitada en la demanda de amparo -la práctica de la IVE- surta algún efecto pues, por medio de escrito del veintiséis (26) de octubre de 2011, la abogada de la peticionaria informó al Despacho del Magistrado Ponente que AA dio a luz el veinte (20) de septiembre de 2011. En esta oportunidad la carencia actual de objeto se deriva de un daño consumado pues la amenaza del derecho fundamental que se denunciaba en el escrito de tutela -suponiendo que ésta tuvo lugar- se ha concretado haciendo imposible ordenar lo que se pretendía -la IVE-, de modo tal que lo único que procedería es el resarcimiento de los daños que hubieran podido originarse por la pretendida violación del derecho fundamental, lo cual es excepcionalmente permitido por medio de la acción de tutela"*.



disponga de un término razonable para tomar su decisión", lo cual no se constata que se haya presentado en este caso. Y sin perjuicio de que en esa misma norma también se dispone que:

"Los estudios y propuestas que sobre el tema realice un Magistrado, deberán ser sometidos junto con las ponencias respectivas, a consideración y análisis de la Sala Plena, si así lo solicita, para lo cual registrará en la Secretaría oportunamente, el correspondiente escrito sustentatorio. En este caso, el Magistrado comunicará al Presidente su propósito de intervenir de la manera indicada, con el fin de que se prepare el debate.

A solicitud de cualquier Magistrado, para los efectos de cambio de jurisprudencia, la Sala Plena podrá decretar la celebración de una audiencia pública, con participación de personas y entidades nacionales y extranjeras convocadas para tal fin.

Mientras la Sala Plena adopta la decisión sobre cambio de jurisprudencia, se suspenderán los términos de los respectivos procesos".

En tercer lugar, en la Sentencia T-841 de 2011 la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, lejos de aclarar el alcance de las normas constitucionales, determinó nuevas normas o reglas constitucionales como fueron (i) elevar el aborto o la I.V.E., en los casos despenalizados, a la categoría de derecho fundamental, (ii) elevar el deseo de la mujer gestante de practicarse un aborto a la categoría de "fase de diagnóstico" del derecho fundamental a la I.V.E., y (iii) imponer a todos los jueces de la república la obligación de reservar el acceso del expediente y la identidad de las partes y los elementos identificadores de los procesos de tutela relativos a la materia del aborto y las mismas partes, restringiendo (sino anulando) los derechos de terceros y las facultades, derechos y deberes de las autoridades competentes.

Respecto de esto último, debe destacarse que la Sala Octava de Revisión incumplió e impuso a los jueces de la República incumplir la obligación expresamente señalada en el artículo 29 del Decreto 2591 de 1991 de conformidad con el cual los fallos de tutela deben contener "[l]a identificación del sujeto o sujetos de quien provenga la amenaza o vulneración [de derechos fundamentales]". Y para hacerlo, de forma manifiesta y ostensible la Sala



Octava o el Magistrado Ponente sobrepasó la competencia que el artículo 55 de esa misma normatividad les confieren para omitir señalar los "*nombres o [las] circunstancias que identifiquen a las partes*" en el fallo de revisión y, por el contrario dispuso la reserva del expediente, permitiendo su acceso únicamente a las partes y restringiéndolo a cualquier otra autoridad o particular, aún cuando las reservas son de orden legal y, en el caso del Ministerio Público, por ejemplo, la misma Constitución Política establece que "*el Procurador General de la Nación y el Defensor del Pueblo podrán requerir de las autoridades las informaciones necesarias para el ejercicio de sus funciones, sin que pueda oponérseles reserva alguna*" (Artículo 284 Superior).

Además de lo anterior, en la Sentencia T-841 de 2011 la Sala Octava de Revisión, el Magistrado Ponente o los Magistrados que la suscribieron, además ordenaron a la Superintendencia Nacional de Salud que comunique a todas "*las empresas promotoras de salud y las instituciones prestadoras de salud que:*

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

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

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



informado sobre el procedimiento a realizar y sus riesgos y beneficios"
(Orden Séptima).

Lo anterior, cuando no sólo los fallos de tutela, como aquí ya se ha dicho, únicamente pueden surtir efectos en el caso concreto, y es evidente que la Superintendencia Nacional de Salud y mucho menos todas las E.P.S. e I.P.S. no hicieron parte del proceso de tutela que dio lugar a la Sentencia T-841 de 2011²⁰, sino que además, como especialmente quiere destacarlo el Jefe del Ministerio Público, como fundamento de estas obligaciones –que en la Sentencia se concluye que fueron omitidas por la E.P.S. demandada– la Sala Octava de Revisión no escatima en hacer referencia a la Resolución 004905 de 2006 del Ministerio de la Protección Social. Resolución que, no sólo estaba *"parcialmente fundada en el decreto 4444 de 2006 actualmente suspendido de forma provisional por la Sección Primera del Consejo de Estado el 15 de octubre de 2009"*, como se afirma en la Sentencia, sino que configura la Norma Técnica *"para atención de la Interrupción Voluntaria del Embarazo"* anunciada en el artículo 3° del Decreto suspendido, servicio al que no se hace mención alguna en la Ley 100 o en el Decreto 205 de 1993, que son las dos (2) otras normas que se citan como fundamento en la citada Resolución²¹, pues éstas normas son muy anteriores a la despenalización parcial del aborto (2006).

Por esta razón, para el Jefe del Ministerio Público es indiscutible que no sólo *"se puede cuestionar la posibilidad de [la] aplicación, al menos en este momento"* de la Resolución 004905 de 2006, como se sugiere en la Sentencia T-841 de 2011, sino que necesariamente debe concluirse que respecto de la

²⁰ Respecto de este punto, debe agregarse que si bien en la Sentencia que aquí se cuestiona la Sala Octava de Revisión señaló que *"el hecho de que la Superintendencia Nacional de Salud no haya sido vinculada al asunto de la referencia, no obsta para darle las ordenes antedichas pues ello se hace, no en calidad de parte como consecuencia de considerarla responsable por violación de derechos fundamentales, sino en virtud del cumplimiento de sus funciones legales y reglamentarias"* (42, (iii), 2). Es evidente que, como se demuestra suficientemente en el presente escrito, no existe ninguna disposición legal o reglamentaria vigente que obligue a la Superintendencia Nacional a hacer lo que se ordena en el Resuelve Séptimo de la Sentencia T-841 de 2011. Lo mismo puede decirse respecto de lo ordenado a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura en el Resuelve Undécimo de la misma sentencia.

²¹ **"MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL [...] RESOLUCIÓN NÚMERO 004905 DE 2006 [...] (14 de diciembre 2006) [...]. Por la cual se adopta la Norma Técnica para la atención de la Interrupción Voluntaria del Embarazo - IVE -, se adiciona la Resolución 1896 de 2001 y se dictan otras disposiciones EL MINISTRO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL En ejercicio de sus atribuciones legales, en especial las conferidas en los artículos 173 de la Ley 100 de 1993, 2° del Decreto Ley 205 de 2003 y 3°. Del Decreto 4444 de 2006"**. Resolución 004905 de 2006.



misma se produjo el fenómeno jurídico conocido como "*decaimiento del acto administrativo*" como consecuencia de la suspensión del Decreto 4444 de 2006, toda vez que, al igual que el Consejo de Estado lo determinó con respecto a este Decreto, esta norma carece de todo sustento legal. Así, y aunque este asunto claramente desborda las competencias de una Sala de Revisión e incluso de la Sala Plena de la Corte Constitucional y, por el contrario, es competencia exclusiva del Consejo de Estado, debe advertirse que la mencionada Resolución no puede aplicarse o reproducirse, ni siquiera parcialmente en el momento –como lo pretende la Sala Octava al mantener o "revivir" el término de cinco (5) días establecido en el artículo 5° de la misma²²– y, en estas condiciones, mucho menos servir de fundamento "*para que todas las E.P.S. e I.P.S. advirtieran su obligación de responder las solicitudes y practicar las IVE en un corto tiempo*".

Afirmar lo contrario, como sorpresivamente y contra los más básicos principios del derecho y criterios del sentido común lo hace la Sala Octava de Revisión, el Magistrado Ponente o los Magistrados que suscribieron la Sentencia T-841 de 2011, equivale a decir que una norma provisionalmente suspendida sigue teniendo efectos en el presente o, peor, que aún sin que pueda aplicarse una norma, por encontrarse suspendida, el tiempo que ella estuvo vigente sirve como fundamento del deber jurídico de sus destinatarios incluso después de su suspensión, como textualmente se dice en la Sentencia cuestionada cuando se afirma:

"[L]a Sala estima que su vigencia ([de la Resolución 0004905 de 2006]) durante aproximadamente tres años sirvió para que todas las E.P.S. e I.P.S. advirtieran su obligación de responder las solicitudes y practicar las IVE en un corto tiempo. De modo tal que no puede la E.P.S. demandada argumentar que tomarse un mes para apenas iniciar las gestiones tendientes a contestar una petición de IVE es razonable y no constituye un incumplimiento de su obligación de garantizar el derecho fundamental a la IVE, pues desde 2006 sabía que es su deber dar respuesta a estas solicitudes en un breve lapso".

²² **"ARTICULO 5. -CELERIDAD EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE IVE.** La provisión de servicios de IVE debe realizarse en lo posible dentro de los primeros cinco días siguientes a la solicitud y previo el consentimiento informado por parte de la gestante y la presentación de la certificación médica o la copia de la denuncia penal, según el caso".



De otra parte, debe destacarse que al imponer a todas las E.P.S. e I.P.S. la obligación de atender y practicar los abortos que le requieran dentro del término de cinco (5) días, sin perjuicio del grado de avance en que se encuentre el proceso de gestación, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional no sólo aplicó o reprodujo parcialmente la Norma Técnica anunciada en el suspendido Decreto 4444 de 2006, Resolución 004905 del Ministerio de la Protección Social, desconociendo el Auto ejecutoriado proferido por el Consejo de Estado con el cual se ordenó la suspensión provisional de este Decreto, sino que además vulneró para el caso concreto y para todos los casos futuros la autonomía médica, sin perjuicio de que en la misma Sentencia se señala que “[u]na entidad pública no está en posición de descalificar el concepto de un profesional de la salud pues carece de los conocimientos médicos para ello”. En este sentido, aunque se entiende y espera que con la anterior afirmación la Sala Octava de Revisión quiso referirse exclusivamente a entidades públicas cuyo objeto no se desarrolla en el ámbito de la salud, como efectivamente sucede con una Personería o, en general, con el Ministerio Público, esta Vista Fiscal no entiende por qué razón si la Personería de QQ no podía aportar los certificados médicos aportados a la solicitud de aborto por la madre de AA, una Sala de Revisión de la Corte Constitucional sí puede descalificar los conceptos médicos de una E.P.S. (BB) así como la valoración que sobre los mismos hizo un juez de la república, como efectivamente sucede en la Sentencia T-841 de 2011, cuando se sostiene que *“ninguno de los dos argumentos usados en esta justificaba la negativa del amparo”* (39)²³ y se concluye que en el caso *sub examine* no se realizó la *“ponderación de (i) la causal de que se trate, (ii) de criterios médicos soportados en la condición física y mental particular de la mujer gestante y, en todo caso, (iii) del deseo de la misma. Como toda intervención médica, la práctica de la IVE en estas condiciones debe estar precedida de un consentimiento idóneo e informado sobre el procedimiento a realizar y sus riesgos y beneficios”* (39.4) que la Sala considera que debe hacerse y que, en

²³ Sobre este punto, el Jefe del Ministerio Público debe destacar que, si bien en la Sentencia T-841 de 2011 se afirma, como fundamento de esta conclusión, *“que no es cierto que las pruebas del expediente demostraran que la IVE sólo se pudiera realizar sin riesgo para la vida de la madre en las primeras ocho semanas de gestación”*, como en la parte resolutive de la misma el expediente de tutela se reservó a las partes impidiendo el acceso al mismo, incluso a las autoridades competentes, como es el caso de esta Vista Fiscal, lo allí afirmado es simplemente indemostrable e irrefutable.



todo caso, no tiene ningún fundamento constitucional o legal precedente.

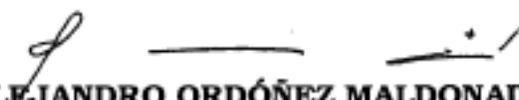
4. SOLICITUDES ESPECÍFICAS QUE SE HACEN A LA SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL CON RESPECTO A LA SENTENCIA T-841 DE 2011

En el ejercicio de las funciones que me corresponden como Procurador General de la Nación y con la responsabilidad de actuar como Jefe del Ministerio Público, me permito solicitarle a la Sala Plena de esta Corporación resolver la solicitud de nulidad presentada contra la Sentencia T-841 de 2011 proferida por la Sala Octava de Revisión con base en las causales por mí invocadas y aquellas que los Honorables Magistrados estimen pueden aplicar de oficio.

De igual forma, solicito que decretada la nulidad de la mencionada Sentencia se ajusten las decisiones adoptadas en la parte motiva y resolutive de la Sentencia, mediante la adopción de nuevas órdenes que sean respetuosas del orden constitucional y legal, así como de la jurisprudencia de esa Alta Corporación.

Reitero la petición que presenté en la solicitud de nulidad de la Sentencia T-585 de 2010, en el sentido de 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 15 de octubre de 2009 de la Sección Primera del Consejo de Estado"*.

Sin otro particular, reciban, Honorables Magistrados, mi cordial saludo.


ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO
PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Anexo: lo anunciado

IMHC/abg