

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

EL USO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA PARA EL DESARROLLO DE CONSIDERACIONES Y LA IMPLEMENTACIÓN DE ÓRDENES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL: EL CASO DE LAS SENTENCIAS C-355 DE 2006, T-063 DE 2015 Y T-478 DE 2015.

Trabajo de grado para optar por el título de Magíster en Derecho Público para la Gestión Administrativa

María Alejandra Medina Ubajoa

Miguel Alejandro Malagón Pinzón
Doctor en Ciencia Política y Sociología

Universidad de los Andes
Facultad de Derecho
Maestría en Derecho Público para la Gestión Administrativa
Bogotá D.C.
12 de mayo de 2017

Tabla de contenido

Resumen.....	3
Introducción.....	4
Justificación.....	8
Objetivos	9
I. El marco constitucional de los derechos protegidos.....	10
II. Las sentencias emitidas por la Corte Constitucional objeto de análisis	13
1. Despenalización del aborto.....	13
1.1. <i>La Sentencia C-355 de 2006</i>	<i>13</i>
1.2. <i>La Sentencia T-388 de 2009.....</i>	<i>17</i>
1.3. <i>Auto del 15 de octubre de 2009 del Consejo de Estado.....</i>	<i>18</i>
1.4. <i>Auto 283 de 2010 de la Corte Constitucional</i>	<i>19</i>
1.5. <i>Auto 327 de 2010 de la Corte Constitucional</i>	<i>20</i>
1.6. <i>Sentencia T-627 de 2012</i>	<i>21</i>
1.7. <i>Sentencia del 13 de marzo de 2013 del Consejo de Estado</i>	<i>24</i>
1.8. <i>Sentencia del 23 de mayo de 2013 del Consejo de Estado.....</i>	<i>27</i>
1.9. <i>Sentencia del 13 de octubre de 2016 del Consejo de Estado</i>	<i>31</i>
2. Cambio del componente sexo en documentos de identidad	36
2.1. <i>Sentencia T-063 de 2015</i>	<i>37</i>
2.2. <i>Auto del 10 de marzo de 2016 del Consejo de Estado.....</i>	<i>38</i>
3. Medidas de protección a población LGBTI en colegios del país	39
3.1. <i>Sentencia T-478 de 2015</i>	<i>39</i>
III. Los instrumentos administrativos expedidos por las entidades estatales para el cumplimiento de las órdenes y el desarrollo de consideraciones de la Corte Constitucional en los casos analizados bajo el uso de la potestad reglamentaria	41
1. Despenalización del aborto.....	44
2. Cambio del componente sexo en los documentos de identidad	53
3. Medidas de protección a población LGBTI en colegios del país	54
IV. Constitucionalización del derecho administrativo	57
V. Producto: Coadyuvancia ante el Consejo de Estado	65
Conclusiones	67
Anexo I	75

Resumen

La Corte Constitucional, a través de órdenes dirigidas al Gobierno Nacional, ha dispuesto la ejecución de políticas públicas para la protección de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y los derechos de personas LGBTI. Así, la principal dificultad que ha surgido para el Gobierno, ha sido la relacionada con la selección y utilización de los instrumentos administrativos que permitan poner en marcha lo señalado en las Sentencias C-355 de 2006, que despenalizó el aborto en tres casos excepcionales; T-478 de 2015, conocida como el caso Sergio Urrego y T-063 de 2015, que reconoce el cambio del componente sexo en los documentos de identidad, respectivamente. Esto, debido a que tales instrumentos han sido objeto de demandas, por quienes consideran que el Gobierno Nacional no es competente para reglamentar sentencias, y en cambio, le corresponde al Congreso de la República legislar sobre los temas de dichas sentencias, logrando la declaratoria de nulidad de los mismos. Esta investigación presenta los fallos de la Corte Constitucional y los del Consejo de Estado que declararon la nulidad de los instrumentos adoptados por el Gobierno para la ejecución de los primeros; los instrumentos administrativos adoptados por el Gobierno Nacional y las características que estos deben cumplir, para posteriormente señalar que, bajo una perspectiva de la constitucionalización del derecho administrativo, el Gobierno Nacional sí es competente para expedir instrumentos administrativos que tengan fundamento en sentencias de la Corte Constitucional, en tanto el Legislativo no puede disponer de derechos de grupos poblacionales minoritarios de especial protección constitucional.

Palabras clave: Decretos reglamentarios, Circulares de servicio, Reglamentación sentencias, LGBTI, Aborto.

Introducción

En los últimos años, muchas de las políticas públicas orientadas a la realización efectiva y protección de los derechos de diferentes sectores de la población colombiana, tales como mujeres y personas LGBTI, se han materializado en función de las consideraciones realizadas por la Corte Constitucional en sus fallos, así como directamente a partir de sus órdenes dirigidas a entidades del Estado para que las ejecuten.

Así, el papel que ha venido desempeñando el Gobierno Nacional, para el desarrollo y cumplimiento de lo establecido por la Corte Constitucional, se ha materializado a través de formas típicas de actuación de la administración pública, tales como, actos administrativos.

En especial, el desarrollo y cumplimiento de las sentencias de constitucionalidad y tutela expedidas por la Corte Constitucional, a favor de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y los derechos a la igualdad, libre desarrollo de la personalidad e identidad de las personas LGBTI, han sido ejecutadas por el Gobierno Nacional por medio de decretos reglamentarios, circulares de servicio y convenios de asociación.

En efecto, para la debida garantía del derecho a abortar consagrado en la Sentencia C-355 de 2006, mediante la cual la Corte Constitucional despenalizó la interrupción voluntaria del embarazo bajo tres supuestos específicos, el Gobierno Nacional hizo uso del Decreto Reglamentario 4444 de 2006 expedido por el entonces Ministerio de Protección Social. De igual modo, expidió las Circulares 058 de 2009, 03 de 2011 y 03 de 2013, a través de la Superintendencia Nacional de Salud.

Sin embargo, cada una de las disposiciones antes señaladas, fueron demandadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y posteriormente declaradas nulas por el Consejo de Estado.

Por su parte, para el desarrollo de una política pública tendiente a la protección de los derechos fundamentales al nombre y a la identidad de las personas trans, el Gobierno Nacional, por medio del Ministerio Justicia y del Derecho, expidió el Decreto Reglamentario 1227 de 2015, que permitió realizar el cambio del componente sexo en los documentos de identidad de las personas trans. Para ello, el Gobierno utilizó dentro de las consideraciones del decreto, argumentos expuestos por la Corte Constitucional en la Sentencia T-063 de 2015.

Este decreto, fue también demandado por nulidad ante el Consejo de Estado, y actualmente se encuentra pendiente de resolución por esta alta corte.

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

De otro lado, para la implementación del Sistema Nacional de Convivencia Escolar y la efectividad de los derechos a la igualdad y no discriminación y libre desarrollo de la personalidad de los estudiantes LGBTI de los diferentes establecimientos educativos del país, según lo señalado y ordenado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-478 de 2015, el Ministerio de Educación Nacional celebró un Convenio de Asociación con organismos internacionales y organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales, para aunar esfuerzos y desarrollar actividades conjuntas que contribuyeran a la implementación del mencionado sistema.

Al respecto, una de las actividades realizadas en virtud del mencionado convenio, fue la realización de una cartilla para la educación sexual y el respeto a la diferencia en la orientación sexual e identidad de género de las personas, que sería distribuida en los establecimientos educativos del país. Sin embargo, por motivos ajenos a la lógica jurídica, y en cambio, apegados a la lógica religiosa, dichas cartillas fueron criticadas por un amplio sector de la opinión pública, al erróneamente creerse que las mismas “imponían la ideología de género”.

Las actuaciones de la administración para el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los tres casos fallados por la Corte Constitucional anteriormente expuestos, tuvieron como común denominador los cuestionamientos recibidos en torno a la idea, según la cual, la administración no era competente para desarrollar ese tipo de políticas públicas. Lo anterior, pues en opinión de los detractores de estas actuaciones llevadas a cabo por el Gobierno Nacional, este último sólo podría ejercer su potestad reglamentaria, contenida en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política, respecto de leyes preexistentes, expedidas por el Congreso de la República y no de sentencias expedidas por la Corte Constitucional.

Así, conforme a lo anteriormente expuesto, el problema al que se ha visto avocada la administración pública, ha sido el relacionado con la interposición de acciones legales en contra de los actos administrativos expedidos en los referidos temas. De esta manera, se ha generado incertidumbre jurídica, cuando estos instrumentos fueron suspendidos, y luego, posteriormente declarados nulos por el Consejo de Estado, siguiendo, en su gran mayoría, los argumentos de quienes promovieron dichas acciones.

De esta manera, el problema que subyace para el Gobierno Nacional, cuando actúa para el ejercicio de sus funciones de acuerdo con pronunciamientos y órdenes de la Corte Constitucional, es el relacionado con la supuesta incompetencia para reglamentar sentencias del Alto Tribunal.

En consecuencia, el problema jurídico que se abordará en esta investigación es el siguiente: ¿Puede el Gobierno Nacional, en ejercicio de su potestad reglamentaria, expedir instrumentos administrativos para el cumplimiento de sus funciones, de acuerdo con las consideraciones y las órdenes de la Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad y de tutela, sin necesidad de legislación alguna que lo habilite para ello?

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

La posición que se sostendrá en este texto, frente al problema anteriormente planteado, es la relacionada con que el Gobierno Nacional sí puede expedir instrumentos administrativos, para la ejecución de políticas públicas conforme a las consideraciones y órdenes de la Corte Constitucional en sus sentencias de constitucionalidad y tutela, cuando no exista ley alguna relacionada con los temas abordados, en ejercicio de su potestad reglamentaria contenida en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política, siempre y cuando se trate de proteger y garantizar los derechos de grupos poblacionales minoritarios y de especial protección constitucional.

Para ello, este texto presentará los siguientes temas: i) El marco constitucional de los derechos protegidos, ii) las sentencias emitidas por la Corte Constitucional objeto de análisis, iii) los instrumentos administrativos expedidos por las entidades estatales para el cumplimiento de las órdenes y el desarrollo de consideraciones de la Corte Constitucional en los casos analizados bajo el uso de la potestad reglamentaria iv) constitucionalización del derecho administrativo, y v) producto: Coadyuvancia ante el Consejo de Estado.

En el primer capítulo, sobre el marco constitucional de los derechos protegidos, se exponen las principales consideraciones sobre los derechos fundamentales involucrados en la protección de mujeres y personas LGBTI. Por su parte, en el segundo capítulo, relacionado con las sentencias emitidas por la Corte Constitucional objeto de análisis, se presentarán no sólo las tres sentencias escogidas para esta investigación, a saber, la Sentencia C-355 de 2006, la Sentencia T-063 de 2015 y la Sentencia T-478 de 2015, sino también todas las demás sentencias y autos, tanto de la Corte Constitucional, como del Consejo de Estado, proferidos con ocasión de las distintas acciones interpuestas contra los instrumentos administrativos expedidos por el Gobierno Nacional. Esto, con el propósito de contextualizar al lector, cronológica y jurídicamente, sobre el debate jurídico originado con ocasión de la potestad reglamentaria ejercida por el Gobierno Nacional, en tan especiales casos, como lo son las reglamentaciones de sentencias.

En el capítulo tercero, de su lado, se presentarán y analizarán, conforme a las características de los actos administrativos, los instrumentos expedidos por las entidades estatales destinatarias de las órdenes de la Corte Constitucional, como también los expedidos en función de las consideraciones de ésta. Esto, con el propósito de concluir que los mismos fueron expedidos en debida forma por el Gobierno Nacional, atendiendo a las características de motivación y competencia de los actos administrativos.

Posteriormente, en el capítulo cuarto, se presentarán una serie de argumentos, según los cuales, debido a la constitucionalización del derecho administrativo, la competencia de la administración pública para ejecutar su potestad reglamentaria, se puede ejercer respecto de consideraciones y órdenes de la Corte Constitucional.

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

Finalmente, el capítulo quinto presentará y destacará la importancia del producto práctico escogido, a saber la presentación de una Coadyuvancia, para dar solución al problema de gestión identificado que orientó el trabajo investigativo, así como sus ventajas.

Así, de conformidad con lo antes expuesto, en el marco de esta investigación se desarrolla una Coadyuvancia ante el Consejo de Estado en el caso de la Acción de Nulidad Simple instaurada por la Procuraduría General de la Nación en contra del Decreto 1227 de 2015 o Decreto Trans.

Esta Coadyuvancia, resulta de gran importancia, pues en el marco de las discusiones jurisprudenciales presentadas en torno a las demás acciones de nulidad interpuestas contra los decretos reglamentarios y las circulares de servicio expedidas por el Gobierno Nacional, para el caso de la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo, lo que sentencie el Consejo de Estado en esta ocasión, servirá de fundamento para futuras discusiones, en torno al papel del Gobierno en el ejercicio de su potestad reglamentaria frente a sentencias de la Corte Constitucional.

En efecto, lo que se pretende es poder contribuir, desde un punto de vista del derecho administrativo constitucionalizado, en la discusión alrededor del ejercicio de la potestad reglamentaria, a favor de la competencia del Gobierno Nacional para ejecutar políticas públicas en beneficio de grupos poblacionales minoritarios y de especial protección constitucional.

Con esto, la inseguridad jurídica generada en el ordenamiento debido a las constantes declaratorias de nulidad contra los actos administrativos del Gobierno y la consecuente inoperancia en la gestión del mismo para garantizar la protección y garantía de los derechos de mujeres y personas LGBTI, puede verse reducida de obtener un fallo judicial favorable a la no declaratoria de nulidad del Decreto Trans.

Justificación

La creciente expedición de fallos de la Corte Constitucional, tendientes a la protección de los derechos fundamentales de personas de especial protección constitucional y de grupos minoritarios en la población, y su consiguiente destinación de órdenes al Ejecutivo para la implementación de los mismos ha traído como consecuencia la ampliación del espectro reglamentario del Gobierno Nacional, que tradicionalmente ha ejercido respecto de leyes preexistentes.

Al respecto, muchos han sido los cuestionamientos que ha recibido el Gobierno Nacional frente a su papel en la implementación de los fallos de la Corte Constitucional, pues a juicio de diferentes actores, dentro de los cuales se encuentran los demandantes de los actos administrativos expedidos por el Gobierno Nacional frente a órdenes y consideraciones contenidas en sentencias de la Corte Constitucional, el Gobierno únicamente puede reglamentar materias que están contenidas en Leyes de la República y no en sentencias. De esta manera, argumentan dichos actores que el gobierno ha expedido diferentes actos administrativos sin competencia para hacerlo.

En efecto, tal ha sido la oposición a las actuaciones de la administración en la implementación de los fallos de la Corte Constitucional, que frente a los casos que aquí se analizan, se han ejercido acciones de nulidad ante el contencioso administrativo para excluir del ordenamiento jurídico los distintos decretos y circulares expedidas por el Gobierno Nacional sobre las distintas materias. En efecto, uno de tales casos, y que en la actualidad está pendiente de resolución de fondo por parte del Consejo de Estado, es la demanda de nulidad que afronta el Decreto 1227 de 2015 o Decreto Trans.

Es por esto que se plantea la necesidad de apoyar la defensa de la validez del Decreto 1227 de 2015, por medio de una intervención de Coadyuvancia al Ministerio de Justicia, autoridad que expidió la norma, desde una perspectiva de la constitucionalización del derecho administrativo, que permita el desarrollo de determinadas políticas públicas a favor de personas de especial protección constitucional y de grupos minoritarios, sin que exista una ley sobre el tema que faculte al Gobierno Nacional para ello.

En tal sentido, el trabajo de grado fundamentará tal posición por medio del estudio no sólo del Decreto 1227 de 2015, expedido en virtud de la Sentencia T-063 de 2015, sino también de los decretos y circulares expedidos por el Gobierno en virtud de la Sentencia C-355 de 2006, y del Convenio de Asociación 753 de 2016 expedido conforme a la Sentencia T-478 de 2015.

Objetivos

Generales

Realizar una intervención de Coadyuvancia ante el Consejo de Estado a favor de la validez del Decreto 1227 de 2015 o Decreto Trans, atendiendo a que el Gobierno Nacional sí es competente para el desarrollo de una política pública que garantice el ejercicio del derecho al nombre y a la identidad de las personas trans, incluso en virtud de la Sentencia T-063 de 2015, con el propósito de que el tribunal declare la no nulidad del mismo.

Específicos

- Presentar la problemática surgida en torno al papel del Gobierno Nacional en el cumplimiento de órdenes y el desarrollo de derechos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional.
- Establecer que el Gobierno Nacional sí es competente para el desarrollo de políticas públicas a partir de sentencias de la Corte Constitucional, cuando se trate de la protección de los derechos de personas de especial protección constitucional y grupos minoritarios.
- Establecer que, a partir de la constitucionalización del derecho administrativo, y cuando se trate de la garantía de los derechos de las personas de especial protección constitucional y de grupos minoritarios, el Gobierno Nacional puede desarrollar políticas públicas que no estén necesariamente consagradas en la Ley.

I. El marco constitucional de los derechos protegidos

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de Colombia en 1991, la estructura, el funcionamiento y las funciones del Estado quedaron enmarcadas dentro del nuevo modelo de Estado consagrado en la Carta Política, como lo es el Estado Social de Derecho. Con él, nuevos principios y reglas constitucionales fueron creados con el propósito de hacer efectivos los derechos allí consagrados. En especial, reviste de gran interés destacar el papel de un Estado Social de Derecho en la efectividad de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Al respecto, ha establecido la Corte Constitucional que

Otro de los pilares del Estado social de derecho se encuentra en el concepto de derecho fundamental. Dos notas esenciales de este concepto lo demuestran. En primer lugar su dimensión objetiva, esto es, su trascendencia del ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado. Más aún, el aparato no tiene sentido sino se entiende como mecanismo encaminado a la realización de los derechos. En segundo lugar, y en correspondencia con lo primero, la existencia de la acción de tutela, la cual fue establecida como mecanismo de protección inmediata de los derechos frente a todas las autoridades públicas y con posibilidad de intervención de la Corte Constitucional para una eventual revisión de las decisiones judiciales, que sirva para unificar criterios de interpretación¹.

Uno de los derechos fundamentales a analizarse es el artículo 13 de la Constitución Política, que señala:

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

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

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan².

¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 de 1992. (5, junio, 1992). [Citado en 13 septiembre de 2016]. Bogotá D.C. Disponible en internet:

<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm>>

² COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia de 1991. (4 de julio de 1991). [Citado en 18 octubre de 2016]. Bogotá D.C. Disponible en internet:

Así, destaca la importancia que de los derechos fundamentales consagrados en la nueva Carta Política ha hecho la misma Corte Constitucional, quien es la máxima autoridad competente para interpretar la Constitución conforme a los postulados y principios universales, así como de los consagrados en el mismo texto constitucional. En especial, para el análisis del problema en este texto planteado, resulta de interés conocer lo que sobre el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación este alto tribunal ha establecido. Al respecto, conviene señalar que

Del principio de igualdad pueden a su vez ser descompuestos en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes. Estos cuatro contenidos tienen sustento en el artículo 13 constitucional, pues mientras el inciso primero del citado precepto señala la igualdad de protección, de trato y en el goce de derechos, libertades y oportunidades, al igual que la prohibición de discriminación; los incisos segundo y tercero contienen mandatos específicos de trato diferenciado a favor de ciertos grupos marginados, discriminados o especialmente vulnerables³.

Sobre el derecho fundamental a la igualdad, como se observa, existen diferentes mandatos, todos los cuales sin lugar a duda pretenden guardar la protección de este derecho a todas y todos los colombianos sin excepción. En el caso de las personas LGBTI, el derecho a la igualdad y no discriminación ha sido un derecho que se ha constituido como uno de los pilares fundamentales en la salvaguarda de la igualdad ante los demás, por ser además esta población un grupo de especial protección constitucional. Lo anterior, en tanto históricamente ha sido un grupo poblacional minoritario que, en la mayoría de los casos, ha logrado conquistas sociales a través del reconocimiento judicial de sus derechos como consecuencia de su efectiva consagración en textos constitucionales como el colombiano.

Por su parte, los derechos de las mujeres, también desde la Constitución de 1991, empezaron a tener plena vigencia en el ordenamiento, pues “cabe recordar, que las mujeres contaron con especial deferencia por parte del Constituyente de 1991, que conocedor de las desventajas que ellas han tenido que sufrir a lo largo de la historia, optó por consagrar en el texto constitucional la igualdad, tanto de derechos como

<http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html>

³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-250 de 2012. (28, marzo, 2012). [Citado en 13 septiembre de 2016]. Bogotá D.C. Disponible en internet:

<<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-250-12.htm>>

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

de oportunidades, entre el hombre y la mujer, así como por hacer expreso su no sometimiento a ninguna clase de discriminación”⁴.

Señala la Corte Constitucional que “la Constitución de 1991 dejó expresa su voluntad de reconocer y enaltecer los derechos de las mujeres y de vigorizar en gran medida su salvaguarda protegiéndolos de una manera efectiva y reforzada. Por consiguiente, hoy en día, la mujer es sujeto constitucional de especial protección, y en esa medida todos sus derechos deben ser atendidos por parte del poder público, incluyendo a los operadores jurídicos, sin excepción alguna”⁵.

Así, bajo dicho contexto, se tiene que las mujeres son sujeto de especial protección constitucional, sin lo cual, el reconocimiento de sus derechos sexuales y reproductivos en la Sentencia C-355 de 2006 no hubiera surtido el efecto material que tuvo.

Todo lo anterior permite identificar un marco constitucional favorable para mujeres y personas LGBTI, situación que permite hacer un llamamiento a operadores y demás áreas del derecho, para que al igual que en la jurisdicción constitucional, se reconozca de manera efectiva los derechos de estas personas.

En tal sentido, es bajo este contexto garantista de los derechos que la Corte Constitucional profirió las tres sentencias que se analizarán a continuación.

⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-355 de 2006. (10, mayo, 2006). [Citado en 3 marzo de 2017]. Bogotá D.C. Disponible en internet: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>>

⁵ *Ibíd.*

II. Las sentencias emitidas por la Corte Constitucional objeto de análisis

1. Despenalización del aborto

La despenalización de la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia tuvo origen en la Sentencia C-355 de 2006. Sin embargo, debido a las dificultades que persistieron con posterioridad a la expedición de la misma, tanto la Corte, como el Ministerio de Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud, se pronunciaron dentro del ámbito de su competencia para adicionar y fijar respectivamente una serie de reglas que permitieran garantizar la efectiva e inmediata realización del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo.

En particular, las reglamentaciones expedidas por el Ministerio de Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud fueron objeto de controversia judicial en la vía contenciosa administrativa, en donde el Consejo de Estado expidió sendas sentencias que declararon la nulidad de las reglamentaciones en mención.

Es así como, a continuación no solo se presenta la Sentencia C-355 de 2006, sino también las diversas sentencias emitidas por la misma Corte Constitucional sobre la materia y las sentencias proferidas por el Consejo de Estado con el objeto de presentar y contextualizar el problema subyacente a la reglamentación de las sentencias de la Corte Constitucional sobre aborto. Así, se busca no sólo hacer una presentación de los fallos judiciales estudiados, sino también presentar al mismo tiempo los argumentos esgrimidos por quienes sostienen la falta de competencia del Gobierno Nacional en la reglamentación de los derechos reconocidos en las sentencias de la Corte Constitucional.

1.1. La Sentencia C-355 de 2006

Por medio de la Sentencia C-355 de 2006⁶, la Corte Constitucional despenalizó en tres casos excepcionales la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia. Los tres supuestos bajo los cuales se despenalizó la práctica del aborto fueron: i) cuando con el embarazo existe riesgo para la vida de la madre, ii) cuando con el embarazo existe riesgo para la vida del feto y iii) cuando el embarazo hubiere sido producto de una violación.

En efecto, la Corte declaró la exequibilidad condicionada del artículo 122 del Código Penal, en el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia, en el entendido

⁶ *Ibíd.*

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

de que el delito allí contenido no aplicaba para los casos antes descritos. En tal sentido, a continuación se muestra el acápite del resuelve de la sentencia en mención:

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero. Negar las solicitudes de nulidad de conformidad con lo expuesto en el punto 2.3. de la parte considerativa de esta sentencia.

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

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

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

Quinto. Declarar **INEXEQUIBLE** el artículo 124 de la Ley 599 de 2000⁷.

En atención a lo anterior, al observar el contenido de los numerales restantes de la parte resolutive de la sentencia, se tiene que ninguno de ellos dirige órdenes a entidades gubernamentales relacionadas con la reglamentación de la interrupción voluntaria del embarazo.

De esta manera, a simple vista y realizando una lectura de la sentencia estrictamente apegada a la cosa juzgada contenida en la parte resolutive, se podría afirmar que la Corte Constitucional en el año 2006 no emitió ninguna orden dirigida al ejecutivo para la realización de una política pública que reglamentara y garantizara el acceso efectivo de este derecho a las mujeres que se encontraran dentro de una de las tres causales analizadas.

⁷ *Ibíd.*

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

Sin embargo, si se observan las consideraciones de la Corte realizadas en el acápite 10 del fallo sobre el examen del caso concreto y particularmente en el numeral 10.1 denominado “la inexecutable de la prohibición total del aborto”, se encuentra una explicación a esta ausencia de órdenes al gobierno para reglamentar la materia. Al respecto, la Corte fija unos requisitos para garantizar el acceso efectivo de las mujeres a su derecho a abortar, las cuales se señalan a continuación:

1. Aborto por existencia de peligro para la vida o salud de la mujer:
 - 1.1 Certificado emitido por un/una profesional de la salud que dé cuenta del estado de la salud de la mujer.
2. Aborto por malformación del feto que haga inviable su vida:
 - a. Certificado emitido por un/una profesional de la salud que dé cuenta del estado del feto.
3. Aborto por violación:
 - 3.1 Denuncia penal debidamente presentada que dé cuenta de la conducta penal que originó el embarazo.

Así mismo, el Alto Tribunal establece como regla para garantizar el efectivo e inmediato acceso a la práctica del aborto, la relacionada con la prohibición de que las personas jurídicas, entendidas como hospitales, centros de salud, entre otras, objeten conciencia para la realización de este derecho de las mujeres, cuando se reúnen los requisitos anteriormente expuestos. Igualmente, establece que el/la profesional médico/a como persona natural deberá, en caso de objetar conciencia, remitir a la mujer a otro/a médico/a que sí pueda llevar a cabo el aborto.

De conformidad con lo anterior, la Corte consideró que no era necesaria una reglamentación para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, por parte del legislador o por el regulador en el ámbito de la seguridad social, al fijar en las consideraciones del fallo las únicas reglas necesarias para acceder de manera inmediata y efectiva a la práctica del aborto. Al respecto, sentenció el Alto Tribunal lo siguiente

Ahora bien, el que no sea necesaria, para una inmediata aplicación, una reglamentación de las tres hipótesis anteriormente determinadas como no constitutivas del delito de aborto, no impide que el legislador o el regulador en el ámbito de la seguridad social en salud, en cumplimiento de sus deberes y dentro de las respectivas órbitas de competencia, adopten decisiones respetuosas de los derechos constitucionales de las mujeres, como por ejemplo, aquellas encaminadas a regular su goce efectivo en condiciones de igualdad y de seguridad dentro del sistema de seguridad social en salud⁸.

⁸ Ibíd.

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

Teniendo en cuenta lo atrás expuesto, es posible afirmar que la Corte, aun cuando no consideró necesaria la intervención de otras entidades del Estado para reglamentar la práctica del aborto, tampoco consideró como un impedimento la intervención de las mismas en la reglamentación del tema, siempre y cuando lo hagan “en cumplimiento de sus deberes y dentro de las respectivas órbitas de competencia”, en aras de adoptar decisiones respetuosas de los derechos constitucionales de las mujeres, dentro de las cuales se encuentran las decisiones para garantizar el goce efectivo en condiciones de igualdad y seguridad dentro del sistema de seguridad social.

Así, se tiene que la Corte sí dejó abierta la posibilidad para que entidades del Estado reglamentaran la interrupción voluntaria del embarazo. Adicionalmente el Alto Tribunal que “para todos los efectos jurídicos, incluyendo la aplicación del principio de favorabilidad, las decisiones adoptadas en esta sentencia tienen vigencia inmediata y el goce de los derechos protegidos por esta no requiere de desarrollo legal o reglamentario alguno. Lo anterior no obsta para que los órganos competentes, si lo consideran conveniente, expidan normas que fijen políticas públicas acordes con esta decisión”⁹. (Subraya fuera de texto).

Conforme a lo anterior, es factible afirmar que la Sentencia que despenalizó la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia en el año 2006, si bien no profirió órdenes en la parte resolutive de la misma a entidades estatales para que reglamentaran este derecho, sí dejó abierta la posibilidad para que esto sucediera siempre y cuando se hiciera con observancia del respeto de los derechos constitucionales de las mujeres y acorde con las reglas establecidas en esta sentencia.

Con esto, resulta importante precisar que la Corte en su fallo, como se dijo anteriormente, no consideró necesaria una reglamentación como tampoco limitó dicha posibilidad únicamente al Congreso de la República, al señalar que también lo podía hacer el regular en el ámbito de la seguridad social en salud, con lo cual se tiene que el principio de Reserva de Ley¹⁰, no podrá ser argumentado con posterioridad para esgrimir la competencia única del legislativo para desarrollar el derecho a abortar.

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ El principio de Reserva de Ley ha sido definido por la Corte Constitucional de la siguiente manera: “La reserva de ley es una institución jurídica, de raigambre constitucional, que protege el principio democrático, al obligar al legislador a regular aquellas materias que el constituyente decidió que fueran desarrolladas en una ley. Es una institución que impone un límite tanto al poder legislativo como al ejecutivo. A aquél, impidiendo que delegue sus potestades en otro órgano, y a éste, evitando que se pronuncie sobre materias que, como se dijo, deben ser materia de ley”. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-570 de 1997. (6, noviembre, 1997). [Citado en 4 junio de 2017]. Bogotá D.C. Disponible en internet: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-570-97.htm>>

1.2. *La Sentencia T-388 de 2009*

Mediante la Sentencia T-388 de 2009¹¹, la Corte Constitucional revisa el caso de una mujer a la que su EPS le impuso un requisito adicional a los contenidos en la Sentencia C-355 de 2006 y en el Decreto Reglamentario 4444 de 2006, para acceder a la práctica del aborto, como lo fue el de la acreditación de la incapacidad de pago para poder solicitar la práctica de procedimientos excluidos del POS, así como también, la exigencia por parte del ginecólogo, de tener una orden judicial para practicar el aborto.

En el fallo, la Corte confirma la decisión judicial de segunda instancia, quien sí amparó el derecho reclamado. Sin embargo, el Alto Tribunal aprovecha esta oportunidad para recordar las reglas fijadas en el año 2006 para acceder a la práctica de este derecho, según sus palabras, por ser “un asunto de especial relevancia constitucional y hallándose en el centro del debate la necesidad de reiterar y aclarar el sentido y alcance de la decisión adoptada por la Corporación en la sentencia C-355 de 2006, la Sala procederá a fallar de fondo, aprovechando la oportunidad para recalcar los puntos más destacados del tema y precisando los efectos de las órdenes en aquella oportunidad proferidas”¹².

En tal sentido, adicional a recordar lo que en jurisprudencia previa la misma Corte había señalado, en esta ocasión, el Alto Tribunal “urgió”, dentro de las consideraciones del fallo, al Ministerio de la Protección Social, al Ministerio de Educación Nacional, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo para que

de manera constante e insistente diseñen y pongan en movimiento campañas masivas de promoción de los derechos sexuales y reproductivos que contribuyan a asegurar a las mujeres en todo el territorio nacional el libre y efectivo ejercicio de estos derechos y, en tal sentido, el conocimiento de lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006 así como lo desarrollado en la presente providencia y hagan el debido seguimiento de tales campañas para poder constatar su nivel de impacto y eficacia. Que estas campañas se enfoquen a transmitir información completa sobre la materia en términos sencillos, claros y suficientemente ilustrativos¹³.

De igual modo, la Corte instó a la Superintendencia Nacional de Salud para que adoptara

¹¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-388 de 2009. (28, mayo, 2009). [Citado en 18 octubre de 2016]. Bogotá D.C. Disponible en internet: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-388-09.htm>>

¹² *Ibíd.*

¹³ *Ibíd.*

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

las medidas indispensables con el fin de que las EPSs e IPSs – independientemente de si son públicas o privadas laicas o confesionales - cuenten con las personas profesionales de la medicina y el personal idóneo y suficiente para atender el servicio de interrupción voluntaria del embarazo bajo los supuestos previstos en la sentencia C-355 de 2006 sin incurrir en exigencias adicionales inadmisibles - como las enumeradas por esta Sala en el fundamento jurídico número 8 de la presente sentencia – cuya existencia obstaculiza la puesta en práctica de los derechos constitucionales fundamentales de las mujeres. Lo anterior deberá suceder en todos los niveles territoriales con estricta observancia de los postulados de referencia y contrarreferencia asegurando de esta manera que dentro de las redes públicas de prestadores del servicio de salud en los niveles departamental, distrital y municipal se garantice el servicio de interrupción voluntaria del embarazo¹⁴.

Finalmente, dentro de las consideraciones, la Corte señala que comunicará el fallo a las entidades antes señaladas “para que, dentro de la órbita de sus competencias, hagan un seguimiento del cumplimiento del fallo de la referencia e informe sobre el particular a la Sala de Decisión de la Corte Constitucional”¹⁵.

De conformidad con lo anterior, el Alto Tribunal adoptó en la parte resolutive de la sentencia, específicamente en los numerales tercero, cuarto y quinto, órdenes a las entidades antes mencionadas, con el objetivo de que desarrollaran políticas públicas de información y promoción de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, y en tal sentido sobre el contenido de la Sentencia C-355 de 2006. De igual modo, a la Superintendencia Nacional de Salud le instó a adoptar medidas indispensables para que las EPS e IPS contaran con personal médico idóneo y suficiente para atender el servicio de la interrupción voluntaria del embarazo, sin imponer requisitos adicionales a los señalados en la sentencia del año 2006.

De esta manera, contrario a lo que sucede en la Sentencia C-355 de 2006, la sentencia del año 2009 sí señaló, dentro de su parte resolutive, órdenes dirigidas a entidades del Estado para garantizar el efectivo acceso al derecho a abortar por parte de las mujeres.

1.3. *Auto del 15 de octubre de 2009 del Consejo de Estado*

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante Auto del 15 de octubre de 2009 con referencia 2008-00256-00, decretó la suspensión provisional del Decreto 4444 de 2006 expedido por el Ministerio de Protección Social para la reglamentación de la interrupción voluntaria del embarazo de conformidad con lo establecido en la Sentencia C-355 de 2006.

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ *Ibíd.*

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

La suspensión provisional del decreto en mención se dio con ocasión de la instauración de una acción de nulidad simple en contra del mismo, según el accionante, por extralimitación de la potestad reglamentaria del Ministerio de Protección Social.

En tal sentido, el Consejo de Estado en dicha ocasión decretó la suspensión provisional del decreto en mención, mientras decidía de fondo sobre el asunto. Al respecto, consideró este tribunal que es al Congreso de la República a quien le correspondía a través de una Ley de la República, reglamentar el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, así como también señalar las situaciones en las cuales el aborto no era punible.

1.4. Auto 283 de 2010 de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional mediante Auto 283 del 5 de agosto del año 2010, se pronuncia sobre la solicitud de nulidad presentada por el Procurador General de la Nación de ese entonces, en contra de la Sentencia T-388 de 2009 proferida por el Alto Tribunal.

En concepto del Procurador, en la Sentencia T-388 de 2009 la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional se excedió en las posibilidades competenciales a ella asignadas, en tanto le era imposible aclarar el sentido y alcance de una decisión de constitucionalidad adoptada por la Sala Plena de la Corte¹⁶.

Al respecto, señaló la Corte que con la expedición de la Sentencia T-388 de 2009, en ningún momento se modificó una decisión que ha hecho tránsito a cosa juzgada, como es la contenida en la Sentencia C-355 de 2006. Contrario a esto, señala el Alto Tribunal que se está en presencia de una aclaración a la sentencia del año 2006 y en consecuencia no existió un exceso competencial por parte de la autoridad judicial¹⁷.

Así mismo, frente al argumento del cese de efectos de la Sentencia T-388 de 2009 por estar suspendido el Decreto 4444 de 2006, señaló el Alto Tribunal que “los efectos de las órdenes proferidas en las sentencias de la Corte Constitucional no se encuentran supeditados a la vigencia o eficacia de ningún acto administrativo”¹⁸. Conforme a lo anterior, la Corte Constitucional negó la solicitud de nulidad de la Sentencia T-388 de 2009, presentada por el Procurador General de ese entonces.

¹⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 283 de 2010. (5, agosto, 2010). [Citado en 31 marzo de 2017]. Bogotá D.C. p. 24. Disponible en internet: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2010/A283-10.htm>>

¹⁷ *Ibid.*, p. 27 - 28.

¹⁸ *Ibid.*, p. 8.

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

1.5. *Auto 327 de 2010 de la Corte Constitucional*

La Corte Constitucional mediante el Auto 327 del 1 de octubre de 2010, hace seguimiento a la Sentencia T-388 de 2009, en particular a las órdenes impartidas a la Superintendencia Nacional de Salud y a la Procuraduría General de la Nación en dicha ocasión.

Para ello, la Corte recuerda como primera medida la obligación de los funcionarios públicos relacionada con el acatamiento de las decisiones judiciales, las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de las sentencias y lo relacionado con la objeción de conciencia por parte de autoridades públicas. Precisamente, en relación con este último tema, señaló el Alto Tribunal que “mientras el funcionario no expresa su objeción de conciencia deberá cumplir sin dilaciones con los deberes que le impone el ordenamiento jurídico, entre los cuales está, como se vio, el cumplimiento de las órdenes judiciales”¹⁹.

Una vez hechas tales consideraciones, la Corte analizó los informes rendidos por las entidades estatales requeridas. Al respecto, frente al informe allegado por la Superintendencia Nacional de Salud, encontró el Alto Tribunal que ésta, mediante sus actuaciones administrativas realizadas, no daba relación directa del cumplimiento de la Sentencia T-388 de 2009, sino frente a otras sentencias expedidas por la misma Corte sobre la interrupción voluntaria del embarazo.

En tal sentido, señaló la Corte que no se encontró en el informe enviado por la Superintendencia actividades dirigidas al cumplimiento del numeral cuarto de la Sentencia T-388 de 2009, relacionado con: i) la adopción de medidas para que las EPS e IPS contaran con profesionales de medicina y personal idóneo para atender la interrupción voluntaria del embarazo, ii) la adopción de medidas para que las EPS e IPS se abstuvieran de incurrir en exigencias adicionales para el acceso a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, y iii) la observancia de las anteriores en todos los niveles territoriales de acuerdos con los postulados de referencia y contrarreferencia.

En tal sentido, ordenó la Corte esta vez a la Superintendencia lo siguiente

PRIMERO.- SOLICITAR a la Superintendencia Nacional de Salud que, dentro del mes siguiente a la notificación del presente auto, informe (i) si, además de la expedición de la Circular Externa 058 de 2009, ha adoptado otras medidas de carácter general en cumplimiento de la orden dada en el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia T-388 de 2009, (ii) las actividades que ha emprendido para supervisar el cumplimiento de la Circular Externa 058 de 2009 y si ha recibido quejas y/o ha abierto investigaciones administrativas contra EPS o IPS públicas o privadas por

¹⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Auto A-327 de 2010. (1, octubre, 2010). [Citado en 14 abril de 2017]. Bogotá D.C. p. 13. Disponible en internet: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2010/a327-10.htm>>

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

el desconocimiento de la misma y el estado en el que están y (iii) si ha advertido obstáculos para la aplicación de la Circular Externa 058 de 2009 y, de ser así, en qué consisten.

SEGUNDO.- ADVERTIR a la Superintendencia Nacional de Salud que la Circular Externa 058 de 2009 puede servir de fundamento para adelantar investigaciones administrativas a las EPS o IPS públicas o privadas que la incumplan y de esta forma prevenir que la suspensión provisional del decreto 4444 de 2006 se convierta en un obstáculo para que las mujeres accedan a la interrupción voluntaria del embarazo en condiciones de seguridad y calidad²⁰.

De conformidad con lo anterior, se observa que la Corte requirió a la Superintendencia para dar cumplimiento a lo dispuesto en numeral 4 de la parte resolutive de la Sentencia T-388 de 2009, así como le advirtió que la suspensión del Decreto 4444 de 2006 en nada afectaba la aplicación de la Circular 058 de 2009.

De esta manera, una vez más, en esta ocasión mediante auto de seguimiento, la Corte Constitucional ordenó a una entidad pública la ejecución de acciones de política pública para garantizar el efectivo acceso al servicio y derecho de la interrupción voluntaria del embarazo.

1.6. Sentencia T-627 de 2012

La Corte Constitucional, mediante la Sentencia T-627 de 2012 revisa los fallos de tutela proferidos por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá y la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en la acción de tutela adelantada por la abogada Mónica Roa y otras 1.279 mujeres, en contra del Procurador General de la Nación, la Procuradora Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia y la Procuradora Delegada para la Función Pública, de ese entonces.

Dicha acción de tutela se originó con ocasión de la violación por parte de los funcionarios de la Procuraduría, de una serie de derechos en contra de las mujeres y relacionados con el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, a saber: “i) la tergiversación de las órdenes de la sentencia T-388/09, ii) los efectos de la nulidad interpuesta en contra de dicho fallo, iii) la naturaleza del anticonceptivo oral de emergencia (AOE), iv) el carácter del derecho a la IVE y las obligaciones de la Superintendencia de Salud frente al mismo, v) los efectos de la suspensión provisional del Decreto 4444/06 en relación con la objeción de conciencia, y vi) la inclusión del misoprostol en el POS”²¹.

²⁰ *Ibíd.*, p. 21.

²¹ DALÉN, Annika. La implementación de la despenalización parcial del aborto en Colombia. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia. p. 35 – 36. Bogotá. 2013.

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

Frente a todo lo anterior, la Corte Constitucional tuteló los derechos alegados por las accionantes frente a cada una de las situaciones antes descritas, y en tal sentido, en la parte resolutive de la sentencia ordenó lo siguiente

Segundo.- REVOCAR el fallo proferido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que decidió declarar improcedente el amparo de los derechos fundamentales de las actoras, para en su lugar **CONCEDERLO** por la violación y/o amenaza de los derechos fundamentales al acceso a los servicios de salud reproductiva, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la salud física y mental, a la interrupción voluntaria del embarazo y a la información en materia reproductiva, en la acción de tutela instaurada por Mónica del Pilar Roa López y otras 1279 mujeres en contra del Procurador General de la Nación, Alejandro Ordóñez Maldonado, la Procuradora Delegada para la defensa de los derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, Ilva Myriam Hoyos Castañeda, y la Procuradora Delegada para la Función Pública, María Eugenia Carreño Gómez.

Tercero ORDENAR al Procurador General de la Nación, Alejandro Ordóñez Maldonado, **RECTIFICAR**, en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, su comunicado de prensa de 21 de octubre de 2009, de manera personal, pública y con despliegue y relevancia equivalente, en el sentido de explicar que incurrió en una equivocación al referirse a las campañas ordenadas en la sentencia T-388 de 2009 como “*campañas masivas de promoción del aborto como derecho*” ya que, en realidad, éstas buscan promover que las mujeres colombianas conozcan el contenido de sus derechos sexuales y reproductivos, dentro de los cuales se encuentra la interrupción voluntaria del embarazo en las hipótesis despenalizadas.

Cuarto.- ORDENAR al Procurador General de la Nación, Alejandro Ordóñez Maldonado, **MODIFICAR**, en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, la posición oficial de la Procuraduría General de la Nación en el sentido de que, en Colombia, la anticoncepción oral de emergencia (i) no tiene carácter abortivo sino anticonceptivo, (ii) su uso no está restringido a las hipótesis despenalizadas de aborto, (iii) las mujeres que hacen uso de ella fuera de las causales despenalizadas de aborto no incurrir, en ningún caso, en el delito de aborto y (iv) hace parte de los servicios de salud reproductiva que las mujeres colombianas pueden libremente elegir. Tal modificación deberá hacerse, además, (i) de forma pública y (ii) con despliegue y relevancia equivalente a las declaraciones dadas por el Procurador General de la Nación el 7 de diciembre de 2009 al diario El Espectador.

Quinto.- ORDENAR a la Procuradora Delegada Ilva Myriam Hoyos Castañeda **ENVIAR**, en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, una comunicación al Superintendente Nacional de Salud en la que (i) **RECTIFIQUE** su oficio del 2 de marzo de 2010 en el sentido de aceptar que la Superintendencia Nacional de Salud está obligada a remover los obstáculos para el acceso

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

a la interrupción voluntaria del embarazo y (ii) **REVOQUE** su solicitud de modificación de la Circular Externa 058 de 2009.

Sexto.- ORDENAR al Procurador General de la Nación, Alejandro Ordóñez Maldonado, **MODIFICAR**, en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, los considerandos de la Circular 029 de 2010 para (i) eliminar aquel de acuerdo con el cual *“como consecuencia de dicha decisión de suspensión provisional y entre tanto el Consejo de Estado no resuelva de fondo la constitucionalidad del Decreto 4444 de 2006, ninguna autoridad judicial o administrativa puede restringir el derecho constitucional a la objeción de conciencia (artículo 18 de la CP) cuando este se invoque en oposición a la practica de un aborto, el cual deberá protegerse (...)”* y (ii) remplazarlo por uno en el que se describan claramente los límites que la jurisprudencia constitucional ha fijado para la objeción de conciencia a la IVE, tal y como fueron resumidos en el numeral 82 de la parte motiva de la presente sentencia. En el mismo término, se deberán **COMUNICAR** las modificaciones de la Circular a sus destinatarios.

Séptimo.- ORDENAR al Procurador General de la Nación, Alejandro Ordóñez Maldonado, **ELIMINAR** del numeral 8 de la primera directriz de la Circular 021 de 2011 toda referencia al derecho de las instituciones a objetar conciencia o la posibilidad de su ejercicio colectivo, en lo que toca con la IVE, en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia. En el mismo término, se deberán **COMUNICAR** las modificaciones de la Circular a sus destinatarios.

Octavo.- ORDENAR a la Comisión de Regulación en Salud que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, **LEVANTE** la suspensión de la decisión acerca de la inclusión del principio activo misoprostol en el Plan Obligatorio de Salud y, en consecuencia, **CONTINÚE** su trámite desde la etapa en la cual fue suspendido.

Noveno.- PREVENIR a las Procuradoras Delegadas María Eugenia Carreño e Ilva Myriam Hoyos Castañeda para que se **ABSTENGAN** de interferir de manera infundada en el proceso de inclusión del misoprostol en el Plan Obligatorio de Salud, por ejemplo, reiterando las objeciones cuya fundamentación ha sido descartada en el numeral 90 de las consideraciones de la presente sentencia. (...) ²².

De conformidad con lo anterior, se tiene que, incluso desde instancias estatales, se ha puesto en riesgo la garantía del acceso efectivo e inmediato al derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, ejerciendo acciones tendientes, entre todas las demás, a desacreditar la importancia de las reglamentaciones expedidas por el Gobierno Nacional en materia de aborto.

²² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-627 de 2012. (10, agosto, 2012). [Citado en 31 marzo de 2017]. Bogotá D.C. Disponible en internet: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-627-12.htm>>

1.7. Sentencia del 13 de marzo de 2013 del Consejo de Estado

El Consejo de Estado, mediante Sentencia del 13 de marzo de 2013 con expediente número 11001032400020080025600 declaró nulo el Decreto 4444 de 2006 expedido por el Ministerio de Protección Social que regulaba las condiciones de acceso a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo.

La demanda de nulidad en contra del mencionado Decreto, fue instaurada por un ciudadano que argumentaba una violación a los artículos 48, 150 numeral 3, 152 literal a, y 189 numeral 11 de la Constitución Política, así como también una violación al artículo 171 numeral 1 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto, el primer cargo acusado por el actor, fue el relacionado con una “violación directa, ostensible y manifiesta del artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política”²³. Señaló el demandante que el Presidente de la República se extralimitó en su facultad reglamentaria contenida en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, en tanto las leyes utilizadas como fundamento para la expedición del Decreto, no lo autorizaban para regular temas que se encontraban fuera de su órbita.

De su parte, el segundo cargo esgrimido por el demandante, fue el relacionado con una “violación flagrante también de los artículos 189, numeral 11, de la Constitución Política y 171, numeral 1º, de la Ley 100 de 1993”²⁴. En este cargo, se argumentó que el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República para “la cumplida ejecución de las leyes”²⁵, supone que tal facultad debería limitarse al contenido de las normas que se están reglamentando, sin exceder o modificar a las mismas.

De igual modo, señaló el actor que la potestad reglamentaria no era absoluta y que ésta sólo era posible ejercerla en la medida en que existiera la ley, de forma que cualquier exceso en el uso de esta facultad se traduciría en inconstitucionalidad.

Por otro lado, sostuvo el ciudadano que la sentencia en la que se fundó el Decreto no contenía “en ninguno de sus apartes temas relacionados con el derecho fundamental a la objeción de conciencia, financiamiento de los abortos que se realizarán en cumplimiento de la misma y régimen sancionatorio, como sí lo enuncia

²³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Expediente 11001032400020080025600. (13, marzo, 2013). [Citado en 14 abril de 2017]. Bogotá D.C. p. 2.

²⁴ *Ibíd.*, p. 2.

²⁵ *Ibíd.*, p. 2.

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

el Decreto 4444 de 2006 en sus artículos 4°, 5°, 6° y 7°²⁶, con lo cual sostuvo que tales circunstancias alteraban y modificaban el contenido y espíritu de la ley²⁷.

Igualmente, en el mismo cargo segundo, señaló el actor que el Gobierno violó el numeral 1 del artículo 171 de la Ley 100 de 1993, en tanto este artículo señalaba que, era competencia del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, definir lo relacionado con el Plan Obligatorio de Salud – POS, y en cambio, el Gobierno se extralimitó en sus funciones, pues no tenía la facultad de realizar incorporaciones en el POS, así como tampoco para “exigir la financiación del aborto a través de dicho plan”²⁸.

De otro lado, el tercer cargo planteado por el accionante, fue el relacionado con la “violación flagrante de los artículos 48, 152 literal a) y 150 (numeral 3) de la Constitución Política”²⁹, en tanto la objeción de conciencia, la financiación y pago de los abortos, así como el régimen sancionatorio, debían ser regulados mediante leyes expedidas por el Congreso de la República. De esta forma, señaló el accionante que el Decreto 4444 de 2006 fue una norma expedida con evidente abuso de la facultad reglamentaria que fuera otorgada al Presidente de la República, al haber invadido las “órbitas exclusivas del legislador, al momento de proferirlo”³⁰.

Por su parte, en el Concepto rendido ante el Consejo de Estado, el Ministerio Público apoyó la solicitud de nulidad en contra del Decreto 4444 de 2006 en tanto consideró que el mencionado Decreto no podía fundamentarse en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución debido que éste hacía alusión al ejercicio de la potestad reglamentaria para la ejecución de leyes y no para la reglamentación de sentencias de la Corte Constitucional³¹.

Por otro lado, señaló el Ministerio Público que no existía ninguna ley sobre la cual se reglamentara o siquiera se mencionara el servicio de interrupción voluntaria del embarazo, de manera que el Gobierno Nacional no tenía competencia reglamentaria alguna³².

De igual modo, señaló la Procuraduría General, que el Gobierno Nacional excedió los alcances de la Sentencia C-355 de 2006, pues ésta en ningún momento trató al aborto como el servicio de interrupción voluntaria del embarazo y “mucho menos se señaló en su parte resolutive que el mismo fuera (i) un servicio médico de obligatoria prestación; (ii) un servicio financiado públicamente; y (iii) un servicio que supone o permite la limitación del derecho fundamental a la objeción de conciencia”³³.

²⁶ *Ibíd.*, p. 3.

²⁷ *Ibíd.*, p. 3.

²⁸ *Ibíd.*, p. 3.

²⁹ *Ibíd.*, p. 3.

³⁰ *Ibíd.*, p. 4.

³¹ *Ibíd.*, p. 23.

³² *Ibíd.*, p. 23.

³³ *Ibíd.*, p. 40.

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

Así mismo, en concepto del Ministerio Público,

en la Sentencia C-355 de 2006 la Corte Constitucional estudió una conducta delictiva, esto es, típica, antijurídica y culpable, y encontró desproporcionado penalizar esta conducta en todos los casos, por lo que señaló aquellos en los que no lo era, pero no fijó obligaciones para el Estado o los particulares, ni modificó las competencias de los organismos que desarrollan sus funciones en el ámbito de la salud o “*modificó el alcance del POS del régimen contributivo y subsidiado*”, ni “*fijó las condiciones para la práctica del mismo [servicio]*” como injustificadamente sostienen algunos impugnantes³⁴.

Conforme a los argumentos anteriormente expuestos, y que tenían como propósito sustentar la nulidad del Decreto 4444 de 2006, el Consejo de Estado se pronunció declarando la nulidad del mismo.

Uno de los argumentos utilizados por el Alto Tribunal, fue el relacionado con que no cabía duda de que “la Sentencia C-355 de 2006 no tuvo por objeto consagrar el **derecho al aborto**, sino despenalizar tres eventos en los cuales su práctica no es constitutiva de delito”³⁵. Este argumento, a la postre, terminaría siendo fundamental para restar importancia a la decisión de la Corte Constitucional, pues al no haberse consagrado, según el Consejo, un derecho, así mismo el Gobierno Nacional no tendría obligación alguna de desarrollarlo vía reglamentación.

Posteriormente, señaló el Consejo de Estado que, para la utilización de la facultad reglamentaria del Presidente de la República, contenida en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política, es un presupuesto sine qua non “la existencia de una **ley o decreto ley** que requiera ser desarrollada en virtud del reglamento”³⁶.

Así mismo, expuso el Alto Tribunal que, la facultad reglamentaria contenida en el artículo 189 numeral 11 en mención, no podía “ejercerse en abstracto, ni frente a actos jurídicos distintos de las leyes o decretos leyes”³⁷.

De esta manera, concluyó el Consejo de Estado que “como no había ley para reglamentar, o por lo menos no se indicó, llegándose al punto de estar reglamentando una sentencia judicial, se configuró una indebida ingerencia (sic) en la autonomía de la rama judicial”³⁸.

Conforme a lo anterior, advirtió el Alto Tribunal que, con su decisión adoptada, no se estaba pronunciando sobre la legalidad del contenido normativo del Decreto, debido a que la razón de su nulidad recaía en la vulneración del artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política.

³⁴ *Ibíd.*, p. 40.

³⁵ *Ibíd.*, p. 50.

³⁶ *Ibíd.*, p. 56.

³⁷ *Ibíd.*, p. 56.

³⁸ *Ibíd.*, p. 57.

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

De igual modo, señaló el Consejo que, con su decisión, no significaba que el Gobierno Nacional o el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, no pudiesen “definir las políticas públicas en materia de salud y seguridad social en especial en cuanto al POS, en relación con los aspectos que fueron objeto de la decisión de despenalización del aborto”³⁹.

Por su parte, frente a los demás cargos señalados por el actor y reiterados en el Concepto del Ministerio Público, relacionados con la objeción de conciencia y la inclusión de servicios en el POS, el Consejo de Estado determinó no analizarlos, en tanto la vulneración del artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política, hacía inane el examen de los demás cargos.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, se muestra entonces que finalmente después de siete años, tres años en vigencia y cuatro suspendido, el Decreto 4444 de 2006 fue declarado nulo por el Consejo de Estado, vislumbrando así lo que sería una larga disputa jurídica en torno al papel de la administración pública en la reglamentación de derechos reconocidos por la Corte Constitucional en sus sentencias.

1.8. Sentencia del 23 de mayo de 2013 del Consejo de Estado

El Consejo de Estado mediante sentencia del 23 de mayo de 2013 y con expediente número 2012-00017-00 resolvió la acción de nulidad instaurada por el Hospital Universitario San Ignacio en contra de la Circular Externa 058 de 2009 y la Circular Externa 03 de 2011 expedidas por la Superintendencia Nacional de Salud, para reglamentar lo relacionado con la implementación de la Sentencia C-355 de 2006 y las órdenes de la Sentencia T-388 de 2009, ambas de la Corte Constitucional, en materia del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo.

El accionante argumentó, dentro de su primer cargo en contra de las Circulares, falta de competencia de la Superintendencia Nacional de Salud para reglamentar la interrupción voluntaria del embarazo. Al respecto, señaló que, según los artículos 6, 121 y 122 de la Constitución Política, “las autoridades públicas solo pueden cumplir las funciones que les han atribuido la ley o el reglamento y que, por ende, son responsables por extralimitación en el ejercicio de las mismas”⁴⁰.

De igual modo, señala el accionante que las Funciones de la Superintendencia se encuentran previstas en la Ley 100 de 1993, la Ley 1122 de 2007 y en el Decreto 1018 de 2007, de las cuales se tiene que la facultad “de dictar instrucciones a los

³⁹ *Ibíd.*, p. 57.

⁴⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Expediente 2012-00017-00. (23, mayo, 2013). [Citado en 14 abril de 2017]. Bogotá D.C. p. 4.

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

participantes del sistema está supeditada y solo puede ser ejercida dentro de los términos que prevean las leyes y los reglamentos”⁴¹.

En tal sentido, argumenta el actor que, incluso si se alegara que las Circulares se dictaron al amparo de una orden de la Sentencia T-388 de 2009, a juicio de aquel, “una sentencia no puede reemplazar la ley ni ser fuente de nuevas competencias para una autoridad pública”⁴². Adiciona que la Superintendencia “no debió pasar por alto el hecho de que existe una decisión del Consejo de Estado en el que se constató la necesidad de que se haga un pronunciamiento del órgano legislativo a partir del cual el Gobierno Nacional pueda ejercer la potestad reglamentaria en relación con la prestación de los servicios de IVE”⁴³.

Finalmente, para el primer cargo, señaló también el accionante que la suspensión provisional del Decreto 4444 de 2006, decretada mediante Auto del 2009 por el Consejo de Estado, afectó el cumplimiento de las órdenes dictadas en la Sentencia T-388 de 2009.

Con respecto al segundo cargo, el demandante argumentó falta de competencia de la Superintendencia para regular la objeción de conciencia. Lo anterior, en la medida en que es el Congreso quien, mediante Ley Estatutaria, es el único que puede regular derechos fundamentales como el de la objeción de conciencia. En tal sentido, señala que las Circulares establecen “disposiciones relativas al alcance y ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, que contienen graves limitaciones a su ejercicio para el caso de las personas jurídicas”⁴⁴.

El último cargo esgrimido por la parte actora, en contra de las Circulares de Servicio, hace alusión a la falsa motivación. En efecto, señaló que la Superintendencia Nacional de Salud “le dio a las razones de derecho que esgrimió como fundamento de ellos un alcance que no tienen”⁴⁵. En tal sentido, sostuvo que, de las normas citadas por la Superintendencia, ninguna se relacionaba de manera directa con la interrupción voluntaria del embarazo, así como tampoco la facultaban “para impartir instrucciones sobre este asunto, por lo que no pueden servir de fundamento para la expedición de los actos demandados”⁴⁶.

Por su parte, adicionó que las normas expedidas por el Ministerio de Protección Social y la Comisión de Regulación de Salud, no contaban con “jerarquía normativa para ser la base de reglamentaciones particulares”⁴⁷ con relación al aborto y que, en todo caso, “fueron expedidas en vigencia y con fundamento en el suspendido

⁴¹ *Ibíd.*, p. 4.

⁴² *Ibíd.*, p. 5.

⁴³ *Ibíd.*, p. 5.

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 6.

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 7.

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 8.

⁴⁷ *Ibíd.*, p. 8.

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

Decreto 4444, y en lo que toca a las indicadas sentencias, todas ellas se profirieron en vigencia del referido Decreto y no pueden venir a reemplazarla Ley⁴⁸.

De otro lado, en el Concepto rendido por el Ministerio Público, esta entidad solicitó al Consejo de Estado que declarara la nulidad de las Circulares demandadas.

El primero de los argumentos señalados para tal efecto, fue el relacionado con que ninguna de las normas invocadas como fundamento para la expedición de las Circulares por parte de la Superintendencia la autorizaba o legitimaba para imponer mediante circulares de servicio obligaciones a todas las EPS e IPS del país, así como tampoco para restringir o reglamentar derechos fundamentales, como el de la objeción de conciencia.

De igual modo, señaló el Ministerio Público que ninguna de las normas invocadas como fundamento para la expedición de las Circulares, le asignaba a la Superintendencia la competencia para reglamentar servicios de salud como el de la interrupción voluntaria del embarazo, como tampoco imponer respecto de este servicio un régimen sancionatorio y unas limitaciones al derecho fundamental a la libertad de conciencia.

En tal sentido, expresó que las funciones de la Superintendencia son “esencialmente de vigilancia y control, y que la potestad reglamentaria del Presidente de la República, para expedir decretos y resoluciones en su condición de Jefe de Estado y de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, tiene como fin lograr la cumplida ejecución de las leyes, “...por lo que es presupuesto sine qua non para que pueda hacer uso de tal facultad la existencia de una LEY que requiere ser desarrollada en virtud del reglamento”, como lo concluyó esta Sección al suspender provisionalmente el Decreto 4444 de 2006⁴⁹.

Adicionalmente, señala la Procuraduría que, comparte con el accionante que la Superintendencia dio un alcance equivocado, a las normas y a las sentencias invocadas. En tal sentido, y por la importancia de su argumentación se reproduce lo siguiente

la SNS dio tanto a las normas constitucionales como a las legales y a las sentencias invocadas como fundamento de sus actos administrativos un alcance que éstas no tienen ni pueden tener pues, respecto de las primeras, no son relativas a la SNS; respecto de las segundas, le asignan funciones de vigilancia y control que, en todo caso, están sometidas a la ley o buscan asegurar su cumplimiento y el de las demás normas técnicas, científicas, administrativas y financieras del Sector Salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud; y respecto de los actos administrativos, ellos no le imponen obligaciones ni le conceden competencia a la SNS ya que están suspendidos, o respecto de las cuales se ha producido el fenómeno de la pérdida de la fuerza ejecutoria,

⁴⁸ Ibid., p. 8.

⁴⁹ Ibid., p. 14.

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

pues se fundamentan o dan cumplimiento al suspendido Decreto 4444 de 2006; así como sentencias constitucionalidad que no imponen obligaciones específicas y cuyas partes resolutivas en todo caso no obligan o facultan a la SNS a proferir actos como los demandados; y sentencias de revisión de tutelas en virtud de procesos en donde dicha entidad no fue parte o que, como sucede particularmente en la sentencia T-388 de 2009, dictan órdenes a la SNS pero con fundamento en el mismo decreto suspendido ya citado⁵⁰.

Así, conforme a los anteriores pronunciamientos, tanto del accionante, como del Ministerio Público, el Consejo de Estado declaró la nulidad de la Circular Externa 03 de 2011 y de la Circular Externa 058 de 2009, “con excepción de la modificación por ésta introducida al “TÍTULO II”, “ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PLANES DE BENEFICIOS (EAPB)”, “CAPÍTULO IV”, “Sistema de indicadores de alerta temprana”, al “numeral 4. Periodos y fechas de presentación” de la Circular Externa Única 47 de 2007”⁵¹.

Sustentó tal decisión el Consejo de Estado señalando en primer orden que, las normas de carácter constitucional, legal, reglamentario, los actos administrativos y las sentencias de la Corte Constitucional sobre las cuales hacen referencia las Circulares no contemplan “la asignación u otorgamiento de competencia a la SNS para regular servicios de salud o el servicio de IVE. Además, no puede perderse de vista que sus funciones están referidas y limitadas por la Ley con fines de inspección, vigilancia y control de las entidades prestadoras de servicios de salud que se encuentran en la órbita del Sistema General de Seguridad Social en Salud”⁵².

Por otro lado, señaló el Alto Tribunal que la Superintendencia, con la expedición de las dos Circulares, reprodujo algunos apartados del Decreto 4444 de 2006, encontrándose este último suspendido, a pesar de que el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo “es diáfano el prohibir las reproducciones de actos anulados o suspendidos”⁵³.

Señala además que “es meridianamente claro que la SNS carece en absoluto de facultades para regular la materia a que se contraen los actos acusados, pues, se reitera, ninguna norma superior le ha atribuido competencia para emitir reglamentaciones cuya finalidad se encamine al cumplimiento de funciones distintas de las que le han sido asignadas por ley o como producto del ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República”⁵⁴. En tal sentido, añade el Consejo que el Presidente de la República y el Ministro de Salud, que conforman el Gobierno Nacional, tiene limitaciones para el ejercicio de la potestad reglamentaria en tanto no puede exceder “el espíritu de la norma que reglamenta”⁵⁵.

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 15.

⁵¹ *Ibíd.*, p. 36.

⁵² *Ibíd.*, p. 29.

⁵³ *Ibíd.*, p. 33.

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 33.

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 34.

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

De otro lado, con respecto al tema de la objeción de conciencia, señaló el Consejo de Estado que la Superintendencia Nacional de Salud carecía de competencia para regular la objeción de conciencia, pues su regulación, por ser un derecho fundamental, estaba asignada de manera privativa al Congreso de la República.

Recuerda también el Consejo de Estado, el fallo proferido por la misma corporación el 13 de marzo de 2013, para apoyar su argumentación referida a la falta de competencia en el ejercicio de la facultad reglamentaria del Presidente de la República debido a la inexistencia de ley alguna que regulara la interrupción voluntaria del embarazo.

Finalmente, decide no declarar la nulidad respecto de unos apartes de la Circular 058 de 2009, modificatorios de la Circular Externa Única 47 de 2007, por no haber el accionante propuesto cargos de ninguna naturaleza contra los mismos.

Así, con esta sentencia, el Consejo de Estado declaró la nulidad de las Circulares Externas 058 de 2009 y 03 de 2011, terminando así por retirar por completo del ordenamiento jurídico, pues ya lo había hecho meses atrás con el Decreto 4444 de 2006, las reglamentaciones expedidas por el Gobierno Nacional para la realización efectiva del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. Esta vez, nuevamente, el principal argumento esgrimido para la declaratoria de nulidad, fue el relacionado con la falta de competencia del Gobierno Nacional para reglamentar situaciones que no estaban consagradas en una ley, de manera tal que tal posibilidad la restringió únicamente a la rama legislativa del poder público.

Se observa entonces, que el Consejo de Estado en nada consideró la prevalencia de la garantía del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo consagrado en la Sentencia C-355 de 2006. Más bien, se limitó a la observancia de formalidades relacionadas con la competencia en la reglamentación de este derecho, dejando de lado el papel del gobierno nacional en la garantía del acceso a este servicio y derecho por parte de las mujeres.

1.9. Sentencia del 13 de octubre de 2016 del Consejo de Estado

El Consejo de Estado, mediante Sentencia del 13 de octubre de 2016 con número de radicación 11001-03-24-000-2013-00257-00, conoció de la acción de nulidad interpuesta, nuevamente por el Hospital Universitario San Ignacio, esta vez en contra de la Circular Externa 03 de 2013 de la Superintendencia Nacional de Salud.

El accionante propuso como cargo en contra de la Circular, el relacionado con la “infracción de normas superiores y falta de competencia del Superintendente para

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

regular las materias a las que se refiere el acto acusado⁵⁶. Al respecto, adujo como argumento para sustentar el cargo, el relacionado con que las autoridades públicas sólo podían cumplir las funciones que les habían sido confiadas de manera expresa por la ley o el reglamento⁵⁷.

De igual manera, señaló que

aunque en gracia de discusión podría considerarse que la sentencia T-388 de 2009 ofrece un fundamento jurídico a la circular atacada, tal postura no resiste un análisis a la luz de los principios que informan el Estado social de derecho establecido por la Constitución. Primero, porque “un fallo judicial no puede venir a reemplazar la ley, ni a servir de base para el ejercicio de facultades de reglamentación o de instrucción, ni mucho menos a ser fuente de nuevas competencias para una autoridad pública⁵⁸”.

Añade el accionante, frente a las órdenes contenidas en la Sentencia T-388 de 2009 que

en todo caso, la orden de la Corte Constitucional contenida en dicha providencia “no puede ser entendida como una especie de carta blanca para que la Superintendencia Nacional de Salud entre a fungir de legislador y a dictar verdaderas normas jurídicas de carácter general para regular –con carácter totalmente vinculante– los temas de la no penalización del aborto, la inclusión de la denominada interrupción voluntaria del embarazo entre los servicios de salud y la objeción de conciencia⁵⁹”.

Adicionalmente, señala el demandante que la Superintendencia Nacional de Salud reprodujo, a través de la Circular 03 de 2013, el Decreto 4444 de 2006, que previamente había suspendido y anulado por el Consejo de Estado. Así mismo, expresó el accionante que la Superintendencia no tenía competencia, según el artículo 152 de la Constitución Política, pues la regulación de derechos fundamentales como la vida y la objeción de conciencia, se encuentra reservada al legislador estatutario⁶⁰.

Finalmente, señaló el actor que, la Circular en mención fue expedida con falsa motivación, pues a su juicio, “ninguna de las razones de derecho”, dentro de las que señala las diferentes sentencias expedidas por la Corte Constitucional, tienen relación con la interrupción voluntaria del embarazo, así como tampoco la facultaban

⁵⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Expediente 11001-03-24-000-2013-00257-00. (13, octubre, 2016). [Citado en 14 abril de 2017]. Bogotá D.C. p. 12.

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 12.

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 13.

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 13.

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 14.

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

para regular el mismo, pues en “ningún caso, las sentencias invocadas pueden venir a sustituir a la ley en un asunto reservado constitucionalmente al legislador”⁶¹.

A su turno, el Ministerio Público, en su Concepto rendido ante el Consejo de Estado, señaló que la Circular 03 de 2013 fue expedida sin competencia por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, en tanto el objeto de dicha Circular, desbordaba las facultades competenciales constitucionales, legales o reglamentarias de la entidad, y mucho más, en la medida en que la misma regulaba derechos fundamentales, en especial el de la objeción de conciencia⁶².

En esta ocasión, el Ministerio Público agregó a su argumentación, que el objeto de la Circular era disponer sobre la interrupción voluntaria del embarazo, prestación que se encontraba en tensión con el deber que tenía el Estado consistente en proteger el derecho a la vida que está por nacer.

Adicionalmente, reitera el argumento expuesto en los procesos rendidos anteriormente ante la misma Corporación, con relación a las demandas de nulidad del Decreto 4444 de 2006 y las Circulares 058 de 2009 y 03 de 2011, referente a que la Sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional no había consagrado un derecho a abortar, sino tan sólo “una excepción a un delito cuando se enmarque en lo dispuesto por la Corte Constitucional en los tres casos en que se despenalizó el tipo penal”⁶³.

Frente al argumento expuesto por la Superintendencia, en la contestación de la demanda de nulidad contra la Circular, señaló la Procuraduría que dicha Circular no reproducía órdenes de la Corte Constitucional, sino que, en cambio, adoptaba “una segunda decisión, cual es la de conferir efectos vinculantes generales a las razones que estima como obligatorias en dichas sentencias”⁶⁴. Adicionalmente, señaló que tal era el caso que, la labor de la Superintendencia implicó “la selección de qué precedentes gobiernan el asunto en cuestión, como en la disección del contenido de estos para separar lo que constituye su ratio de lo que tiene mero valor de obiter dictum”⁶⁵.

Al respecto, añade que la mencionada Circular, “al tener por objeto interpretar e imprimir efectos generales a unas sentencias de tutela de la Corte Constitucional, la circular demandada “es una verdadera reglamentación, toda vez que su efecto es tornar en general, lo que por ministerio de una Ley Estatutaria como la Ley 270 de 1996, fue dispuesto para un caso concreto y con efectos inter partes”⁶⁶.

De igual modo, señala que la competencia del Presidente de la República, respecto del servicio público de seguridad social, según el numeral 22 del artículo 189 de la

⁶¹ *Ibíd.*, p. 15.

⁶² *Ibíd.*, p. 36.

⁶³ *Ibíd.*, p. 36.

⁶⁴ *Ibíd.*, p. 37.

⁶⁵ *Ibíd.*, p. 37.

⁶⁶ *Ibíd.*, p. 37.

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

Constitución Política, es únicamente la relacionada con el ejercicio de la inspección y vigilancia del mismo, y no para, a su juicio, regular derechos fundamentales.

Añade también que la Sentencia C-355 de 2006 menciona a modo de obiter dictum, lo relacionado con la objeción de conciencia, tema que es señalado por la Circular 03 de 2013. Esto, junto con la no existencia de una ley que regulara tal tema, devenía en que era algo que no podía ser decidido a través de una Circular Externa de un órgano de vigilancia y control.

Adiciona de igual modo, que la Sentencia C-355 de 2006, ni en su parte motiva como en la resolutive, determinó el deber del Estado para garantizar la provisión de servicios de seguridad social, como tampoco la definición de los estándares de calidad que garantizaran el acceso oportuno en la totalidad del territorio nacional a los procedimientos de interrupción voluntaria del embarazo⁶⁷.

Por otra parte, señala que la Circular 03 de 2013 reproduce el Decreto 4444 de 2006 que fue declarado nulo por la misma Corporación, y añade que la mencionada Circular incurre en los mismos vicios por los cuales se anuló dicho Decreto, como lo es la relacionada con el desbordamiento de la potestad reglamentaria⁶⁸.

Finalmente, expresó la Procuraduría frente al cargo de falsa motivación, que la Sentencia C-355 de 2006 no reconoció ningún derecho, como tampoco dispuso que la interrupción voluntaria del embarazo fuera un servicio obligatorio de salud, ni mucho menos financiado públicamente, según el cual fuese legítimo “limitar el derecho a la objeción de conciencia; simplemente despenalizó una conducta”⁶⁹. En tal sentido argumentó que no era posible utilizar dicha sentencia como fundamento para expedir la Circular objeto de disputa.

Conforme a lo anterior, el Consejo de Estado decidió anular las instrucciones segunda, cuarta y décima primera en su integridad, así como también el párrafo 2 de la instrucción décima segunda de la Circular 03 de 2013.

Lo anterior, en la medida en que consideró que estas instrucciones carecían “por completo de fundamento normativo constitucional o legal adecuado y encerrar un desbordamiento de las competencias de LA SUPERINTENDENCIA”⁷⁰.

Al respecto, señaló el Consejo de Estado que, la Superintendencia al ejercer funciones de instrucción, antes que de información, “convierte las reglas jurisprudenciales sobre estos temas en normas de carácter general y abstracto, cuyo cumplimiento da lugar a sanción, siendo dudosa su cobertura legal. Y aunque

⁶⁷ *Ibíd.*, p. 38.

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 38 – 39.

⁶⁹ *Ibíd.*, p. 39.

⁷⁰ *Ibíd.*, p. 168.

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

parezca perogrullada, no puede pasarse por alto que una sentencia de tutela no es una ley de la República”⁷¹.

Señaló además el Consejo que, es discutible la equiparación de un precedente jurisprudencial frente a una Ley de la República con el propósito de la expedición de la circular de servicio instructiva de la Superintendencia. Expresa que, “esto, toda vez que si bien el carácter de reglas de Derecho de los precedentes está fuera de debate, es dudoso que a efectos de la puesta en marcha del complejo aparato normativo que es hoy en día el ordenamiento jurídico, uno o varios fallos de tutela puedan sustituir la voluntad del legislador en un asunto constitucionalmente reservado a la ley”⁷².

Al respecto, añadió el Alto Tribunal que

La fuerza vinculante sui generis de los precedentes implica reconocer que las reglas fijadas por esta vía son siempre susceptibles de modificación o apartamiento por parte de los operadores jurídicos al momento de su aplicación; lo cual forzosamente tiene lugar en los procesos en los que caso por caso se emplean como razones para tomar una decisión jurídica. En consecuencia, su generalización por vía de su conversión en norma general y abstracta a través de una circular administrativa resultaría anómala de no contar con un soporte adecuado en la ley; más aún cuando se trata de asuntos constitucionalmente reservados al legislador⁷³.

Por su parte, frente al argumento esgrimido por la parte demandada y otros intervinientes en el proceso a favor de la Circular, relacionado con que el acto de la Superintendencia fue legítimo en razón a que ésta se estaba limitando a aplicar y exigir el cumplimiento de la jurisprudencia constitucional y, por tanto, con base en la Constitución, el Consejo de Estado se pronunció en su contra.

En efecto, según el Alto Tribunal, dicho razonamiento desconocía la unidad de la Constitución y

so pretexto de hacer valer un derecho, no solo sacrifica reglas constitucionales (como las relativas a las reservas de ley de los derechos a la vida, la IVE y la objeción de conciencia, pertenecientes a la parte orgánica de la Constitución), sino también otros derechos fundamentales como la garantía del debido proceso inherente a la aplicación de todo precedente, institutos como la garantía de la autonomía judicial y administrativa en la aplicación de los precedentes¹⁸⁶, y principios sustanciales del orden constitucional como el democrático, el pluralista y el de legalidad de las intervenciones generales y abstractas en el ámbito de los derechos fundamentales, todos ellos medulares dentro de la

⁷¹ *Ibíd.*, p. 82 – 83.

⁷² *Ibíd.*, p. 83.

⁷³ *Ibíd.*, p. 83 – 84.

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

estructura y funcionamiento del Estado Constitucional de Derecho instaurado por la Constitución⁷⁴.

Así pues, conforme a lo anteriormente expuesto, se evidencia que el Consejo de Estado prefirió optar por una postura estrictamente legalista, por medio de la cual observó la actuación de la Superintendencia Nacional de Salud como totalmente fuera de su competencia y haciendo uso de fundamentos sobre las cuales no se podía fundar la misma.

En tal sentido, el Consejo de Estado restó totalmente importancia al hecho de que la Superintendencia estaba fundamentando su actuación con base en lo preceptuado por el máximo órgano de cierre constitucional como lo es la Corte Constitucional, y en cambio, argumentó que el hecho de que la Sentencia T-388 de 2009 fuera una sentencia de tutela, sus efectos eran inter partes y no erga omnes, razón por la cual la fuerza vinculante de la misma no permitía que se adoptaran actuaciones como las realizadas por la Superintendencia.

En efecto, señaló que la Superintendencia había convertido las normas contenidas en la sentencia, como unas de carácter general y abstracto, con lo cual las estaría equiparando a normas de carácter legislativo, situación que no podía ocurrir, precisamente porque, como el mismo tribunal señaló, una sentencia de tutela no es una ley de la república.

De esta manera, el Consejo de Estado cerró un capítulo más en la controversia judicial sostenida desde el año 2013, con respecto a las normas expedidas por el Gobierno Nacional para garantizar la protección del acceso a la práctica del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia, nuevamente optando por una postura estrictamente legalista y menos garantista en la protección de los derechos constitucionales de la mujer.

2. Cambio del componente sexo en documentos de identidad

El cambio del componente sexo en los documentos de identidad de las personas en Colombia no era posible hasta 2015, sino mediante un procedimiento judicial, en el cual las personas debían presentar ante un juez/a un certificado psiquiátrico de disforia de género, es decir, de disconformidad con el sexo asignado al nacer, y la mayoría de las veces debían acreditar su cambio de sexo mediante una cirugía de reasignación sexual.

Sin embargo, tales requerimientos representaban un problema para las personas que querían cambiar su sexo en los documentos de identidad, en la medida en que, de un lado, el certificado psiquiátrico no era otra cosa sino una calificación de enfermedad sobre la persona, lo que se traducía en una grave violación a los

⁷⁴ *Ibíd.*, p. 86.

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad de género y a la intimidad.

Del otro lado, la cirugía de reasignación de sexo era un procedimiento de muy alto costo, lo que restringía el acceso a la generalidad de la población, además de ser de difícil acceso por medio del sistema de salud en el país. Adicionalmente, no siempre las personas trans desean cambiar su sexo por medio de este tipo de intervenciones. Con esto, no sólo eran sometidas a tratos degradantes, sino que también resultaban siendo revictimizadas debido a su identidad de género diversa.

Una vez con los requisitos atrás mencionados, las personas debían presentar la demanda al juez, que después de un largo tiempo, no siempre concedía tal petición y de concederla, las personas debían acudir con la sentencia a la Registraduría, que, a su turno, se demoraba otro tiempo más para efectuar el cambio en el registro civil de las personas.

Empero, en el año 2015, mediante la Sentencia T-063 de 2015, la Corte reconoció el derecho al cambio del componente sexo de una persona, por medio de dicho reconocimiento ante una Notaría a través de escritura pública, para su posterior inscripción ante la Registraduría Nacional del Estado Civil.

En tal sentido, no fue sino hasta la expedición del Decreto 1227 de 2015, que tal procedimiento se extendió al resto de la población colombiana, utilizando como fundamento para su expedición, la sentencia de tutela antes mencionada. Como ocurrió con despenalización del aborto, el Decreto fue demandado por nulidad ante el Consejo de Estado, razón por la cual, a continuación no sólo se presenta la Sentencia T-063 de 2015 emitida por la Corte Constitucional, sino también un Auto proferido por el Consejo de Estado en virtud de la mencionada demanda.

Lo anterior, con el propósito de contextualizar la problemática surgida en torno a la utilización de la sentencia de tutela como fundamento en la expedición del Decreto, así como también presentar las diferentes posiciones doctrinales que surgen en relación con este tema.

2.1. Sentencia T-063 de 2015

La Sentencia T-063 de 2015⁷⁵, constituyó uno de los más recientes logros en materia de protección de los derechos de las personas trans, en tanto fue un fallo de tutela proferido por la Corte Constitucional que reconoció los derechos fundamentales al nombre y a la identidad de la accionante y en tal sentido ordenó la corrección por vía notarial del componente sexo en su documento de identidad.

⁷⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-063 de 2015. (13, febrero, 2015). [Citado en 18 octubre de 2016]. Bogotá D.C. Disponible en internet: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/T-063-15.htm>>

Como sucedió en la Sentencia C-355 de 2006, el resuelve de la sentencia no señaló ninguna orden dirigida a una entidad del Gobierno Nacional para que, de manera general, desarrollara una política pública en tal sentido. Sin embargo, dicho fallo fue utilizado por el Ministerio de Justicia y del Derecho como fundamento para expedir un Decreto Reglamentario en el marco del reconocimiento del derecho fundamental al nombre y a la identidad.

2.2. *Auto del 10 de marzo de 2016 del Consejo de Estado*

El Consejo de Estado, mediante Auto del 10 de marzo de 2016 con número de radicado 11001032400020150036700, se pronunció sobre la solicitud de suspensión provisional del Decreto 1227 de 2015, en virtud de la demanda de nulidad presentada contra el mismo por parte de la Procuraduría General de la Nación.

Al respecto, argumentó la Procuraduría que el Decreto 1227 de 2015 violaba los artículos 1 y 2 del Decreto Ley 1260 de 1970, que determinan la indisponibilidad del estado civil de las personas y que el mismo únicamente puede asignado previa calificación legal. Esto, según el accionante porque “el decreto acusado crea un hecho nuevo capaz de asignar el estado civil en su componente sexo, consistente en la “construcción sociocultural de la propia identidad sexual”, perdiendo de vista que la ley no habilita esta auto asignación como capaz de otorgar un estado civil y, por lo tanto, una norma administrativa no puede elevarlo a la categoría de hecho registrable al interior de la categoría sexo”⁷⁶.

De igual modo, señaló la Procuraduría que, dentro de las consideraciones del Decreto, se transcriben apartes de la Sentencia T-063 de 2015, señalando que la modificación del sexo es una simple corrección de la realidad que se debe consignar en el registro civil, situación que no la comparte, en tanto considera que trasgrede lo señalado en el artículo 95 del Decreto Ley 1260 de 1970, en tanto es la ley la única que puede calificar las alteraciones al registro civil que implican “una enmienda formal o una modificación al estado civil”⁷⁷.

En tan sentido, consideró el accionante que el Decreto reguló un tema reservado al legislador, pues según él, el artículo 152 de la Constitución Política señala que le corresponde al Congreso de la República regular lo relacionado con los derechos y deberes fundamentales, así como también, en virtud de lo señalado en el inciso 10 del artículo 42 de la misma Carta Política, en relación con que es a la ley a quien le corresponde determinar lo relativo al estado civil de las personas.

⁷⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Radicado 11001032400020150036700. (10, marzo, 2016). [Citado en 14 abril de 2017]. Bogotá D.C. p. 4.

⁷⁷ *Ibíd.*, p. 7.

En igual sentido, manifestó la Procuraduría la necesidad de suspender el Decreto en tanto, a través del mismo se “reglamentó una opción política contenida en una sentencia de tutela de la Corte Constitucional, en lugar de una contenida en la Ley”⁷⁸.

Ante esto, el Consejo de Estado resolvió negar la suspensión provisional de los efectos del Decreto 1227 de 2015, pues a su juicio, “es muy claro, por lo menos en esta etapa procesal, que el acto demandado reglamenta los artículos 91 y 95 del Decreto Ley 1260 de 1970, toda vez que estos establecen la posibilidad de realizar correcciones al registro civil”⁷⁹.

Así, mientras se resuelve de fondo la demanda de nulidad interpuesta en contra del Decreto 1227 de 2015, se puede destacar que el Consejo de Estado consideró en esta ocasión que el decreto sí estaba reglamentando una ley y no una sentencia, y que en ningún momento el Gobierno se había excedido en sus competencias a él conferidas.

3. Medidas de protección a población LGBTI en colegios del país

3.1. Sentencia T-478 de 2015

La Sentencia T-478 de 2015 fue el fallo judicial de tutela proferido por la Corte Constitucional, en donde se restablecieron los derechos y se reivindicó el nombre del fallecido estudiante Sergio Urrego, víctima de acoso escolar debido a su orientación sexual homosexual.

En dicha sentencia, la Corte profirió en su resuelve una serie de órdenes al Ministerio de Educación Nacional, tales como:

(...) iv) una declaración del Gobierno Nacional, en cabeza del Ministerio de Educación Nacional, donde se comprometa de manera pública a desarrollar acciones, en el marco de los módulos del Programa para la Educación Sexual y Construcción de Ciudadanía, para promover el respeto por la diversidad sexual en los colegios.

Tercero.- ORDENAR al Ministerio de Educación Nacional que, en un plazo máximo de seis (6) meses contados a partir de la notificación de la presente sentencia, implemente acciones tendientes a la creación definitiva del Sistema Nacional de Convivencia Escolar de acuerdo a lo señalado por la Ley 1620 de 2013 y el Decreto 1965 de 2015. Particularmente, se ordena que en el plazo señalado, se adopten las

⁷⁸ *Ibíd.*, p. 7.

⁷⁹ *Ibíd.*, p. 32.

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

siguientes medidas: i) conformar, si no lo ha hecho aún, el Comité Nacional de Convivencia Escolar y verificar, en el mismo plazo, que todos los comités municipales, distritales y departamentales de convivencia escolar estén funcionando plenamente; ii) implementar, si no lo ha hecho aún, al programa para el desarrollo de competencias ciudadanas, la educación para el ejercicio de los derechos humanos –en particular el derecho a la identidad sexual- e incorporarlos de manera expresa en los proyectos educativos institucionales de todos los colegios del país; iii) desarrollar y poner en práctica el Sistema de Información Unificado de Convivencia Escolar, garantizando el respeto por la intimidad y confidencialidad de las personas involucradas; y iv) establecer la Ruta de Atención Integral para la Convivencia Escolar, junto a sus Protocolos.

Cuarto.- ORDENAR al Ministerio de Educación Nacional que, en un plazo máximo de un (1) año contado a partir de la notificación de la presente sentencia, implemente acciones tendientes a la creación definitiva del Sistema Nacional de Convivencia Escolar de acuerdo a lo señalado por la Ley 1620 de 2013 y el Decreto 1965 de 2015. Particularmente, se ordena que en el plazo señalado, se adopten las siguientes medidas: i) una revisión extensiva e integral de todos los Manuales de Convivencia en el país para determinar que los mismos sean respetuosos de la orientación sexual y la identidad de género de los estudiantes y para que incorporen nuevas formas y alternativas para incentivar y fortalecer la convivencia escolar y el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de los estudiantes, que permitan aprender del error, respetar la diversidad y dirimir los conflictos de manera pacífica, así como que contribuyan a dar posibles soluciones a situaciones y conductas internas que atenten contra el ejercicio de sus derechos; y ii) ordenar y verificar que en todos los establecimientos de educación preescolar, básica y media estén constituidos los comités escolares de convivencia⁸⁰.

Esta sentencia, a pesar de ser un fallo de tutela, ordenó la realización de políticas públicas en cabeza del Ministerio de Educación, para la implementación efectiva del Sistema Nacional de Convivencia Escolar. Así, contrario a los casos analizados, esta sentencia de tutela sí estableció órdenes al ejecutivo, las cuales, fueron puestas en marcha por el Ministerio de Educación, tal y como se observará en el acápite posterior.

⁸⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-478 de 2015. (3, agosto, 2015). [Citado en 2 marzo de 2017]. Bogotá D.C. Disponible en internet: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-478-15.htm>>

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

III. Los instrumentos administrativos expedidos por las entidades estatales para el cumplimiento de las órdenes y el desarrollo de consideraciones de la Corte Constitucional en los casos analizados bajo el uso de la potestad reglamentaria

Con el propósito de analizar los instrumentos administrativos expedidos por el Gobierno Nacional para desarrollar las consideraciones e implementar las órdenes de las sentencias C-355 de 2006, T-063 de 2015 y T-478 de 2015, resulta necesario hacer una caracterización de los actos administrativos como forma de actuación utilizada por el Gobierno Nacional para tales efectos. Así, una vez realizado esto, se presentarán los mencionados instrumentos y serán analizados a la luz de dicha caracterización de los actos administrativos, como también de conformidad con el uso de la potestad reglamentaria utilizada para la expedición de los mismos.

Así, la administración pública, en ejercicio de la función administrativa que le es atribuida, actúa mediante diversas formas, tales como: i) Actos administrativos, ii) contratos, iii) hechos, iv) operaciones, v) vías de hecho, y vi) omisiones. La forma de actuación, que comúnmente se utiliza por parte de la administración, son los actos administrativos.

El Acto Administrativo, según el doctrinante Gustavo Penagos es una “decisión unilateral de naturaleza administrativa, de cualquier órgano del Estado, o de los particulares autorizados por la ley, con la finalidad de crear, declarar, modificar o extinguir una relación jurídica”⁸¹.

A su turno, la Corte Constitucional lo ha definido como

la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico **y el respeto por las garantías y derechos de los administrados**⁸². (Negrilla fuera de texto).

Por su parte, el profesor Cassagne, señala que

los actos administrativos son producto de una labor intelectual y traducen siempre una declaración, tomando este término en el sentido de exteriorización del pensamiento, de extrinsecación de un proceso intelectual, opuesto al comportamiento material que traduciría la realización de un hecho

⁸¹ PENAGOS, Gustavo. El acto administrativo. 9 ed. Tomo I. Bogotá D.C.: Ediciones doctrina y ley Ltda., 2011. p. 183.

⁸² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1436 de 2000. (25, octubre, 2000). [citado en 28 noviembre de 2016]. Disponible en internet: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-1436-00.htm>>

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

administrativo, tal como sería, por ejemplo la demolición de un edificio que amenaza ruina pro parte de agentes públicos⁸³.

Conforme a las anteriores definiciones, el Acto Administrativo se erige como el medio por excelencia para la que la administración manifieste su voluntad de manera unilateral, y como lo señala la Corte Constitucional, debe tener como presupuesto el respeto por las garantías y los derechos de los administrados. Precisamente, de acuerdo con esto último, debe señalarse que el Acto Administrativo está sujeto a una serie de reglas que debe observar quien lo expide, para que el mismo esté conforme con los principios constitucionales que imprimen la función administrativa.

En efecto, el artículo 209 de la Constitución Política establece que “la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”⁸⁴.

A su turno, el artículo constitucional antes expuesto, se encuentra desarrollado legalmente, a través del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que señala que

Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad⁸⁵.

Conforme a lo anterior, precisa destacar que lo primero a lo que deberá responder un Acto Administrativo, son a los principios constitucionales que rigen la función administrativa. De esta manera, una vez se tengan los principios constitucionales definidos, sobre los cuales se estructura el Acto Administrativo, se deberán observar los elementos de la validez del mismo.

Al respecto, señala el profesor Penagos que los elementos de la validez son: i) La voluntad normativa o querer jurídico de la Ley, ii) formalidades o procedimientos, iii) cláusula accesoria obligatoria, cuando así lo exige la ley, como por ejemplo la

⁸³ CASSAGNE, Juan Carlos. El acto administrativo. 2 ed. Bogotá: Editorial Temis. 2013. p. 109.

⁸⁴ COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Op. cit., Artículo 209.

⁸⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437. (18, enero, 2011). [citado en: 29 mayo de 2017]. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 3. Disponible en internet: <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html>

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

motivación, y iv) el fin⁸⁶. Añade el autor, además, que el requisito de publicidad del Acto Administrativo, corresponde a un criterio de eficacia u oponibilidad.

De los anteriores elementos, resulta de gran importancia destacar el de la motivación de los actos administrativos, en tanto éste es un elemento central para el análisis de los instrumentos utilizados por el Gobierno Nacional para el desarrollo de las sentencias analizadas. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que

La necesidad de motivación de los actos administrativos es una manifestación de principios que conforman el núcleo de la Constitución de 1991, entre los cuales se debe resaltar la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad, y el derecho al debido proceso. En esos términos, el deber de motivar supone la sujeción al principio de legalidad, al ser la forma en que la administración da cuenta a los administrados de las razones que la llevan a proceder de determinada manera, permitiéndoles, por lo tanto, controvertir las razones que condujeron a la expedición del acto, como manifestación de su derecho de contradicción⁸⁷.

De igual modo, el fin como elemento de validez del acto administrativo resulta de gran relevancia, en tanto deberá ser especialmente observado en los instrumentos administrativos utilizados por el Gobierno Nacional para la implementación de las sentencias objeto de análisis. Al respecto, esta característica hace alusión al propósito o resultado que se busca obtener con la expedición del acto, que no deben ser otros, sino enmarcados en los fines esenciales del Estado, contenidos en el artículo 2 de la Constitución Política, que señala

ARTICULO 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y **garantizar la efectividad de los principios, derechos** y deberes consagrados en la Constitución (...).

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás **derechos y libertades**, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares⁸⁸.
(Negrita fuera de texto).

De acuerdo al artículo anterior, se hace evidente que, como fines esenciales del Estado, se encuentran los de garantizar la efectividad de los derechos constitucionales, al punto de que se estatuye a las autoridades para proteger los derechos y libertades constitucionales de las ciudadanas y ciudadanos. Son precisamente sobre estos fines que se tiene que corresponder la actuación administrativa.

⁸⁶ PENAGOS. Op. cit., p. 195.

⁸⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-556 de 2014. (24, julio, 2014). [citado en 27 noviembre de 2016]. Bogotá D.C. Disponible en internet: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/SU556-14.htm>>

⁸⁸ COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Op. cit., Artículo 2.

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

De esta manera, teniendo en cuenta esta caracterización, a continuación se presentan cada uno de los instrumentos administrativos expedidos por el Gobierno Nacional para el cumplimiento de las órdenes y el desarrollo de las consideraciones de la Corte Constitucional contenidas en las sentencias analizadas en el Capítulo II. A su turno, estos instrumentos serán analizados conforme a la caracterización de los elementos de validez de los actos administrativos más relevantes, como también de acuerdo con el uso de la potestad reglamentaria de que fueron objeto para la expedición de los mismos.

1. Despenalización del aborto

El Presidente de la República junto con el Ministro de Protección Social, expidió el Decreto 4444 de 2006⁸⁹ para garantizar el efectivo acceso a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo en los tres casos despenalizados por la Corte Constitucional, en donde también se abordaron temas relacionados con la obligatoriedad para su práctica en diferentes centros asistenciales, la disponibilidad del servicio o el financiamiento.

Éste, fue expedido haciendo uso de la figura del Decreto Reglamentario, para implementar las consideraciones efectuadas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-355 de 2006.

Importa establecer que los Decretos Reglamentarios son aquellos actos administrativos expedidos por el Presidente de la República para el ejercicio de la potestad reglamentaria “mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”⁹⁰.

Sobre la potestad reglamentaria, ha señalado la Corte Constitucional que la misma

ha de ejercerse, por mandato de la Norma Fundamental, de conformidad con los preceptos legales y constitucionales. Así, los actos administrativos emitidos como consecuencia del ejercicio de dicha potestad únicamente pueden desarrollar el contenido de la ley. Desde esta perspectiva, al Presidente de la República le está vedado ampliar o restringir el sentido de la Ley. No puede tampoco suprimir o modificar las disposiciones previstas en la Legislación pues con ello estaría excediendo sus atribuciones. (...) La facultad reglamentaria no es absoluta y debe ejercerse dentro de las fronteras que marcan la Constitución y la Ley, teniendo por objeto contribuir a la concreción de la ley, encontrándose, por consiguiente, subordinada a lo dispuesto por ella

⁸⁹ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA – MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL. Decreto 4444. (13, diciembre, 2006). Por el cual se reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva. [Citado en 18 octubre de 2016]. Bogotá D.C. Disponible en internet: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=22421>>

⁹⁰ COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Op. cit., Artículo 189, numeral 11.

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

sin que sea factible alterar o suprimir su contenido ni tampoco reglamentar materias cuyo contenido esté reservado al Legislador⁹¹.

Conforme a lo anterior, resulta importante destacar la adecuación de la reglamentación a los preceptos no sólo legales, sino también constitucionales, así como también, que su objeto es contribuir a la concreción de la ley.

Teniendo en cuenta esto, resulta necesario destacar que el Decreto 4444 de 2006 fue efectivamente expedido conforme a la Sentencia C-355 de 2006, según consta en su parte considerativa, como se señala a continuación

Que la honorable Corte Constitucional, mediante Sentencia C-355 del 10 de mayo de 2006, declaró exequible el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto;

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

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

(...)

Que corresponde a la órbita de competencia del Gobierno Nacional regular el servicio público esencial de salud y de seguridad social

⁹¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1005 de 2008. (15, octubre, 2008). [Citado en 28 abril de 2017]. Bogotá D.C. Disponible en internet: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-1005-08.htm>>

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

en salud y en tal sentido, se hace necesario adoptar medidas tendientes al **respeto, protección y satisfacción de los derechos** a la atención en salud de las mujeres, eliminando barreras que impidan el acceso a servicios de salud de interrupción voluntaria del embarazo en los casos y condiciones establecidas en la Sentencia C-355 de 2006, la educación e información en el área de la salud sexual y reproductiva, en condiciones de seguridad, oportunidad y calidad, fijando los requisitos necesarios para su prestación,⁹². (Subraya y negrita fuera de texto).

Según se observa, el Gobierno Nacional motivó el Decreto 4444 de 2006 de acuerdo con la Sentencia C-355 de 2006, que como ya se ha mencionado en reiteradas oportunidades, no profirió orden alguna al Gobierno para garantizar los derechos de las mujeres y adicionalmente no consideró necesaria una reglamentación en tal sentido por parte del mismo.

Sin embargo, y como el mismo Gobierno lo reconoce, tal circunstancia no le impide “en cumplimiento de sus deberes y dentro de la órbita de su competencia” adoptar decisiones respetuosas de los de derechos constitucionales de las mujeres.

Con esto, se evidencia que el Gobierno en primer lugar, pone de presente que su actuación se enmarca dentro del ámbito de su competencia y, en segundo lugar, señala que con ella está protegiendo y garantizando los derechos constitucionales de las mujeres. Esto precisamente, expone que uno de los fines establecidos en el Decreto Reglamentario, se ajusta con los fines constitucionales de la función administrativa, tal y como se expuso en líneas anteriores, relacionado con garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución.

Igualmente, de la parte considerativa del Decreto Reglamentario se tiene que el Gobierno Nacional motivó su actuación, conforme a su deber de garantizar la provisión de servicios de salud y a definir los estándares de calidad para garantizar el acceso oportuno a la interrupción voluntaria del embarazo. Con esto, no hace más que señalar sus obligaciones como regulador del servicio público de salud, conforme a este nuevo derecho consagrado por la Corte Constitucional.

En igual sentido, señala el Gobierno como parte de su motivación que, como competente para regular el servicio público esencial de salud y seguridad social en salud, precisa adoptar medidas para el respeto, protección y satisfacción de los derechos a la atención en salud de las mujeres. Con esto, una vez más se evidencia que el fin perseguido con la expedición del Decreto Reglamentario, se ajusta a los postulados constitucionales para la protección de los derechos de las ciudadanas.

Por otro lado, resulta necesario señalar que el mencionado Decreto 4444 de 2006, no sólo fue expedido de conformidad con la Sentencia C-355 de 2006, sino que también lo fue conforme a las Leyes de la República relacionadas con el servicio público de salud, tal y como se observa a continuación

⁹² COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA – MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL. Op. Cit., Considerando.

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial de las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y los artículos 1° de la Ley 10 de 1990, 154 y 227 de la Ley 100 de 1993, y 42 de la Ley 715 de 2001,⁹³

De acuerdo a lo anterior, es factible afirmar que el Decreto 4444 de 2006 también fue expedido por el Gobierno Nacional, según leyes relacionadas con el servicio público de salud. Así, resulta importante presentar estas leyes, con el propósito de determinar si efectivamente el Decreto 4444 de 2006 fue expedido conforme a la potestad reglamentaria que se ejerce respecto de la ley.

El artículo 1 de la Ley 10 de 1993 establece unas determinadas formas de intervención del Estado en el servicio público de salud, dentro de las que destacan a modo de ejemplo, la definición de “la forma de prestación de la asistencia pública en salud, así como las personas que tienen derecho a ella”⁹⁴ o también, la fijación de “los niveles de atención en salud y los grados de complejidad, para los efectos de las responsabilidades institucionales en materia de prestación de servicios de salud y, en especial, los servicios de urgencia, teniendo en cuenta las necesidades de la población y la cobertura territorial, principalmente”⁹⁵.

Por su parte, los artículos 154 y 227 de la Ley 100 de 1993 hacen alusión a la posibilidad de intervención del Estado para regular ciertos temas relacionados con el servicio público de salud y la facultad del Gobierno Nacional para expedir normas para la “organización de un sistema obligatorio de garantía de calidad de la atención de salud”⁹⁶, respectivamente.

De su lado, el artículo 42 de la Ley 751 de 2001, señala una serie de competencias por parte de la Nación para la dirección del sector de la salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud, como, por ejemplo, “establecer mecanismos y estrategias de participación social y promover el ejercicio pleno de los deberes y derechos de los ciudadanos en materia de salud”⁹⁷.

⁹³ Ibíd.

⁹⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 10. (10, enero, 1990). [citado en 28 abril de 2017]. Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones. Artículo 1, literal a. Disponible en internet:

<<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3421>>

⁹⁵ Ibíd., literal c.

⁹⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100. (23, diciembre, 1993). [citado en 28 abril de 2017]. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Artículo 227. Disponible en internet:

<http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993_pr004.html#227>

⁹⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 715. (21, diciembre, 2001). [citado en: 28 abril de 2017]. Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros. Artículo 42, numeral 11. Disponible en internet:

<http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0715_2001_pr001.html#42>

Conforme a lo anterior, se tiene que sí existían unas normas de carácter legal sujeto de reglamentación por parte del Gobierno Nacional, de manera tal que el argumento sostenido por los detractores del Decreto 4444 de 2006, relacionado con la falta de competencia por inexistencia de ley, resulta incomprensible.

Sin embargo, aún esta hipótesis resulta insuficiente a la luz de la garantía efectiva de los derechos fundamentales de las ciudadanas y ciudadanos. Esto, pues a partir de la constitucionalización del derecho administrativo, como se verá en el Capítulo IV, el Gobierno Nacional podría directamente acudir a la Constitución Política como fuente de derecho que le imprime competencia, para, en uso de su potestad reglamentaria, ejecutar políticas públicas para la protección de los derechos de personas de especial protección constitucional y grupos poblacionales minoritarios.

Ahora bien, la actuación del Gobierno Nacional fue objeto de controversia, tal y como fue expuesto en el Capítulo II de este documento, pues se consideró que no le correspondía al Ejecutivo desarrollar tal política pública, en tanto el competente era el Congreso de la República. Así, el Decreto 4444 de 2006 fue declarado nulo por el Consejo de Estado el 13 de marzo de 2013.

Ahora bien, la actividad administrativa del Gobierno Nacional tendiente a garantizar el acceso al derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, no cesó con la expedición del Decreto Reglamentario 4444 de 2006, pues aquél expidió, esta vez en uso de las funciones de inspección, vigilancia y control, distintas Circulares de Servicio dirigidas a operadores del sistema de salud para garantizar el derecho en mención.

Conviene aclarar que, si bien este texto concentra su análisis en el uso de la potestad reglamentaria para la expedición de decretos reglamentarios, la presentación y análisis de circulares de servicio expedidas en el marco del debate planteado, resulta de gran importancia, tal y como lo fue la presentación de las sentencias del Capítulo II con respecto a los procesos de nulidad en contra de las mismas.

Así, resulta menester establecer primero el concepto de circular de servicio, para posteriormente presentar cada una de las expedidas y analizarlas de acuerdo a la caracterización de los actos administrativos realizada en la primera parte del presente capítulo.

Las Circulares, según el profesor Gustavo Penagos, son por regla general “meros actos administrativos, tiene la finalidad de instruir o informar sobre las políticas generales del gobierno, siendo obligatorias para los subordinados jerárquicamente”⁹⁸.

⁹⁸ PENAGOS. Op. cit., Tomo II. p. 187.

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

A su turno, el Consejo de Estado colombiano, citado por el profesor Penagos, señaló que

(..) la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que si las Circulares o las Cartas de Instrucción tienen por objeto () dar a conocer el pensamiento o concepto del superior jerárquico a sus subalternos, en relación con determinadas materias, o impartir instrucciones a los empleados de las distintas dependencias sobre la mejor manera de cumplir las disposiciones normativas, sin que se contengan decisiones, se está en presencia de simples actos de servicio. “Pero si en las circulares de servicio, o con ocasión de ellas, se adoptan nuevas prescripciones, no comprendidas en disposiciones precedentes, se trata de actos administrativos ordinarios, que crean situaciones jurídicas, susceptibles de invalidarse por las causas generales”⁹⁹.

Conforme a lo anterior, se observa una doble condición de las Circulares de Servicio, en tanto si contienen simplemente instrucciones, o si además contienen decisiones propias que no se encuentran comprendidas en disposiciones precedentes, pues serán propiamente actos administrativos.

Al respecto, señaló el Consejo de Estado, frente a la posibilidad de demandar las Circulares de Servicio que dicha posibilidad “está condicionada a que las mismas contengan una decisión de la autoridad pública, capaz de producir efectos jurídicos y puedan, en consecuencia, tener fuerza vinculante frente al administrado, pues de no ser así, si la circular se limita a reproducir lo decidido por otras normas, para efectos de instruir a los funcionarios encargados de ejercer determinadas competencias, entonces la circular no será un acto pasible de demanda”¹⁰⁰.

Las Circulares de Servicio expedidas por la Superintendencia Nacional de Salud, para garantizar el acceso a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, todas ellas, tenían como objeto informar e impartir instrucciones a los diferentes actores del sistema de salud colombiano, para garantizar el acceso a dicho derecho, conforme a prescripciones contenidas inicialmente en la Sentencia C-355 de 2006 y luego en la Sentencia T-388 de 2009. En efecto, a continuación se presentan las circulares expedidas por la Superintendencia.

La Circular Externa 058 de 2009¹⁰¹ expedida por la Superintendencia Nacional de Salud y dirigida a las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios, dio

⁹⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de agosto de 2005: 188. Citado por: PENAGOS, Gustavo. El acto administrativo. 9 ed. Tomo II. Bogotá D.C.: Ediciones doctrina y ley Ltda., 2011. p. 188.

¹⁰⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 14 de octubre de 1999. Expediente 5064. Citado por: PENAGOS, Gustavo. El acto administrativo. 9 ed. Tomo II. Bogotá D.C.: Ediciones doctrina y ley Ltda., 2011. p. 191.

¹⁰¹ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Circular Externa 58. (27, noviembre, 2009). Adiciones, modificaciones y exclusiones de la Circular Única 47 de 2007 modificada por las Circulares 48, 49, 50, 51, 52 de 2008 y 57 de 2009. [Citado en 18 octubre de 2016]. Bogotá D.C.

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

aplicación a las órdenes proferidas por la Corte Constitucional mediante la Sentencia T-388 de 2009. Al respecto, instó a las EPS e IPS del país para que contaran con el servicio de Ginecología para garantizar la prestación del servicio de interrupción voluntaria del embarazo. De igual modo, prohibió a dichas entidades sentar la objeción de conciencia institucional, como también la imposición de obstáculos o mayores requisitos a los señalados en la Sentencia C-355 de 2006.

La actuación de la Superintendencia, obedeció en esta ocasión, sí a una de las órdenes contenidas en la Sentencia T-388 de 2009 a dicha entidad, con lo cual se tiene que dio cumplimiento a lo establecido por la Corte.

De igual modo, dando cumplimiento a la Sentencia T-388 de 2009, la Superintendencia expidió la Circular 03 de 2011, dirigida a los prestadores de servicios de salud, las entidades promotoras de salud del régimen contributivo, las entidades promotoras de salud del régimen subsidiado, los regímenes especiales o excepcionales, las entidades administradoras de planes voluntarios de salud y las entidades territoriales. Lo anterior, con el objetivo de impartir instrucciones a las entidades mencionadas para reiterar lo que ya había señalado la Corte Constitucional en sus sentencias del año 2006 y 2009. Se destaca, por ejemplo, la imposibilidad de colocar barreras de acceso a la realización del procedimiento a la interrupción voluntaria del embarazo o la reiteración, conforme lo señala la Sentencia C-355 de 2006, de que la objeción de conciencia únicamente se predica de las personas naturales.

En esta Circular, la Superintendencia utiliza como motivo para su expedición el artículo 48 de la Constitución Política, relacionado con que la seguridad social tiene doble connotación, al ser un servicio público y un derecho irrenunciable. Así mismo, señala que la función de la entidad está relacionada con la inspección, vigilancia y control en materia de seguridad social, de conformidad con el mandato del numeral 22 del artículo 189 de la Constitución Política al Presidente de la República referente a la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos, respondiendo también con esto a fines propiamente constitucionales.

En igual modo, señaló la entidad como motivo para la Circular, la Sentencia C-355 de 2006, al considerarlo un fallo “en firme, vigente y de obligatorio cumplimiento para todas las personas competentes en la prestación del servicio de inspección, vigilancia y control del cumplimiento de los derechos fundamentales de las mujeres colombianas”¹⁰². Así mismo, utilizó la Superintendencia la Sentencia T-388 de 2009, como fundamento para la expedición de la Circular, en tanto señaló las órdenes de las que había sido objeto por la Corte Constitucional.

Disponible en internet:
<https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/CircularesExterna/C_2009_Norma_0058.pdf>

¹⁰² COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Circular Externa 03. (27, septiembre, 2011). Cumplimiento de las directrices de las Sentencias C-355 de 2006 y T-388 de 2009 de la Corte Constitucional. [Citado en 14 abril de 2017]. Bogotá D.C. p. 2 – 3.

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

No obstante, las Circulares 058 de 2009, como la 03 de 2011, fueron declaradas nulas por el Consejo de Estado mediante Sentencia del 23 de mayo de 2013, tal como se vio en el Capítulo II del presente texto. El argumento utilizado por el Consejo de Estado, nuevamente, pues ya lo había hecho con el Decreto 4444 de 2006, fue el relacionado con la falta de competencia de la Superintendencia para expedir las Circulares en cuestión, así como la imposibilidad de reglamentar sentencias de la Corte Constitucional, en tanto no existía norma legal que la habilitara a hacerlo.

Por otro lado, la Circular Externa 03 de 2013 expedida por la Superintendencia Nacional de Salud¹⁰³ para los prestadores de servicios de salud, las entidades administradoras de planes de beneficios y las entidades territoriales, agrupó una completa serie de normas que garantizan de manera integral el acceso al servicio de interrupción voluntaria del embarazo, a partir de una recopilación de los fallos más destacados de la Corte Constitucional que dan órdenes a entidades estatales, dentro de las cuales está la Superintendencia, para garantizar este derecho a las mujeres.

Esta Circular presenta la particularidad de que, a diferencia de las anteriores de los años 2008 y 2011, utilizó como fundamentos para su expedición, además de las leyes que la habilitaban para expedir este tipo de actos y las sentencias de la Corte Constitucional, normas del Bloque de Constitucionalidad para sustentar la interrupción voluntaria del embarazo como un derecho fundamental de la mujer. Con esto, se evidencia que la mencionada circular tuvo como fin la garantía de los derechos constitucionales, respondiendo así a cabalidad con los fines constitucionales a que deben atenerse los actos administrativos.

Sin embargo, como previamente se abordó en el Capítulo II de este documento, esta circular fue declarada nula por el Consejo de Estado, argumentando que era al Congreso de la República a quien le correspondía reglamentar la interrupción voluntaria del embarazo y que, de ningún modo, una sentencia podía usarse como fundamento para la expedición de reglamentaciones.

Con ello, se evidencia que la actuación del Gobierno Nacional, mediante la Superintendencia Nacional de Salud, ha sido la de dar cumplimiento a las consideraciones y a las órdenes de la Corte Constitucional en aras de garantizar el real y efectivo acceso al derecho a abortar. Además, cada una de las circulares ha estado debidamente motivada de conformidad con las órdenes judiciales, normas de orden constitucional y con el ejercicio de la función de vigilancia y control que le corresponde a la Superintendencia.

¹⁰³ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Circular Externa 03. (26, abril, 2013). Por la cual se imparte instrucciones sobre la interrupción voluntaria del embarazo (IVE), en aplicación de la Constitución Política de Colombia, los Tratados Internacionales y las Sentencia de la Corte Constitucional y se deroga la Circular No 03 de noviembre de 2011. [Citado en 18 octubre de 2016]. Bogotá D.C. Disponible en internet: <https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/CircularesExterna/C_2013_Norma_0003.pdf>

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

De esta manera, se tiene que, en ninguna de las Circulares demandadas, la Superintendencia adoptó decisiones propias que crearan nuevas situaciones jurídicas en el ordenamiento. Por el contrario, únicamente se limitó, según sus competencias asignadas por la ley, a instruir y poner en marcha una práctica ya consagrada en el ordenamiento jurídico por la Corte Constitucional, como lo es la interrupción voluntaria del embarazo, junto con cada una de las consideraciones y reglas que al respecto fijó la Corte en su momento.

Si se observan los argumentos planteados por el Consejo de Estado, en las diferentes sentencias que declararon la nulidad de las tres Circulares de Servicio, expuestos anteriormente en el Capítulo II, se tiene que para aquél, las Circulares traspasaban su carácter informativo, y en cambio, ejercieron una función instructiva que a su juicio, fueron más allá de lo establecido por la Corte Constitucional.

De igual modo, incluso el Consejo de Estado, por ejemplo, en la Sentencia del año 2016, que declaró la nulidad de algunas disposiciones de la Circular 03 de 2013, fue más allá del mero análisis de la reproducción o información de las normas superiores que utilizó la mencionada Circular, y en cambio, cuestionó abiertamente el papel de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Al respecto, si bien se citó en líneas anteriores, conviene recordar que, según el Consejo de Estado, la Superintendencia al ejercer funciones de instrucción, antes que de información, “convierte las reglas jurisprudenciales sobre estos temas en normas de carácter general y abstracto, cuyo cumplimiento da lugar a sanción, siendo dudosa su cobertura legal. Y aunque parezca perogrullada, no puede pasarse por alto que una sentencia de tutela no es una ley de la República”¹⁰⁴.

De conformidad con lo anterior, la idea que aquí se defiende, es la relacionada con que las Circulares de Servicio expedidas por la Superintendencia de Salud, no sólo estuvieron debidamente motivadas, sino que también fueron expedidas conforme a su naturaleza, es decir, como simples actos administrativos de servicio, de acuerdo con lo señalado por la jurisprudencia y la doctrina, para la información e instrucción repartida a los actores del sistema de salud para garantizar el acceso a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, tal y como se observó en líneas anteriores del presente capítulo.

Así, pretender cuestionar desde un principio el carácter de las reglas contenidas en las sentencias de la Corte Constitucional y que, a su vez, habilitan a la Superintendencia para el ejercicio de sus funciones, con respecto a la expedición de Circulares que las reproduzcan e instituyan instrucciones con el único objetivo de materializar lo señalado por la Corte; no sólo desconoce flagrantemente lo que ha establecido la máxima intérprete autorizada de la Constitución Política, sino que también olvida que, fundamental y más importante, la Superintendencia en ningún

¹⁰⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Expediente 11001-03-24-000-2013-00257-00. Op. cit., p. 82 – 83.

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

momento está creando situaciones jurídicas nuevas que no encuentran sustento en disposiciones normativas precedentes.

2. Cambio del componente sexo en los documentos de identidad

El Decreto Reglamentario 1227 de 2015¹⁰⁵, tuvo como objeto reglamentar el trámite relacionado con la corrección del componente sexo en el Registro del Estado Civil, en el sentido de permitir que dicha corrección pudiera ser llevada a cabo por cualquier persona que así lo quisiera, sin exigir mayores requisitos.

En tal sentido, el Decreto previó que, para corregir el componente sexo en el Registro Civil de Nacimiento, los únicos requisitos que debían cumplir las personas interesadas, eran aportar una copia simple del Registro Civil de Nacimiento, una copia simple de la cédula de ciudadanía y una declaración realizada bajo la gravedad de juramento en donde la persona indique su voluntad de realizar la corrección del componente sexo en el Registro del Estado Civil de Nacimiento.

Este Decreto fue motivado conforme a referencias a la Sentencia T-063 de 2015 de la Corte Constitucional, de allí su especial relevancia. Sin embargo, importa de igual modo señalar que el mismo también fue motivado conforme a normas de carácter legal a reglamentar, como lo fue principalmente el Decreto Ley 1260 de 1970, que regula el Registro del Estado Civil y los mecanismos para corregirlo.

En tal sentido, destaca del mismo lo relacionado con que la mencionada sentencia del año 2015, ni en su parte resolutive, ni en sus consideraciones, impartió orden alguna al Gobierno Nacional para garantizar los derechos a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad y a la igualdad, como tampoco el derecho a la identidad de género. Aún a pesar de esto, como ya se mencionó, el Ministerio de Justicia y del Derecho desarrolló la política pública del reconocimiento del derecho al nombre y a la identidad por medio del Decreto aludido.

Así mismo, dentro de las consideraciones del Decreto, el Gobierno presentó la motivación relacionada con “que la Constitución Política de 1991 consagra la dignidad humana y los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad y a la igualdad. De la mano de estos derechos, se ha reconocido el derecho a la identidad y libertad sexual y de género en Colombia”¹⁰⁶. Con esto, es factible afirmar que el Decreto Reglamentario respondió efectivamente a los fines constitucionales

¹⁰⁵ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA – MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. Decreto 1227 de 2015. (4, junio, 2015). Por el cual se adiciona una sección al Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, relacionada con el trámite para corregir el componente sexo en el Registro del Estado Civil. [Citado en 18 de octubre de 2016]. Bogotá D.C. Disponible en internet: <<https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Ministerio/decreto%20unico/%23%20decretos/1.%20DECETO%202015-1227%20sexo%20cédula.pdf>>

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 1.

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

de la función administrativa, como lo es el relacionado con la garantía y protección de los derechos consagrados en la Constitución Política, más aún si se trata de personas de especial protección constitucional.

Este Decreto fue demandado por nulidad por la Procuraduría General de la Nación ante el Consejo de Estado, sin que a la fecha exista pronunciamiento de fondo sobre el asunto. Sin embargo, tal y como se expuso en el Capítulo II de este texto, el Consejo de Estado, mediante Auto del año 2016, negó la solicitud de suspensión provisional presentada por la Procuraduría en contra de la norma en mención.

De dicha solicitud de suspensión, destaca el hecho de que el Ministerio Público argumentó, la falta de competencia de Gobierno Nacional para reglamentar este tema, en tanto a juicio del primero, sólo era mediante ley, es decir a través del Congreso de la República, que se podía disponer del estado civil de las personas. De igual modo, señaló como una imposibilidad que el Gobierno Nacional reglamentara una tesis jurisprudencial, antes que una Ley de la República.

Al respecto, conviene destacar que, tal y como se vio en líneas anteriores del presente capítulo, la actuación administrativa del Gobierno Nacional fue realizada mediante un Decreto Reglamentario, con las consecuencias competenciales que del mismo se derivan. En efecto, importa resaltar que el decreto fue expedido de acuerdo a la competencia asignada al Presidente de la República en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

Dicho uso de la potestad reglamentaria aquí se defiende, en tanto el decreto fue expedido, de un lado, para posibilitar la materialización en la protección y garantía de los derechos a la dignidad, identidad, igualdad y no discriminación y libre desarrollo de la personalidad, y del otro, para la ejecución y concreción del Decreto Ley 1260 de 1970.

De igual modo, frente a la motivación del decreto, si se observa su parte considerativa, se tiene que no fue únicamente la Sentencia T-063 de 2015 la utilizada como fundamento para expedir la norma en mención, sino que también lo fue principalmente el Decreto Ley 1260 de 1970. De tal manera, se tiene que el Gobierno Nacional, utilizó como fundamentación del Decreto 1227 de 2015 la Sentencia T-063 de 2015 y el Decreto Ley 1260 de 1970.

3. Medidas de protección a población LGBTI en colegios del país

El Convenio de Asociación 753 de 2016¹⁰⁷, suscrito entre el Ministerio de Educación Nacional y las organizaciones Fondo de Naciones Unidas para la Infancia, Fondo

¹⁰⁷ COLOMBIA. MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL. Convenio de Asociación 753 de 2016. (4, abril, 2016). [Citado en 18 octubre de 2016]. Bogotá D.C. Disponible en internet: <<https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=16-12-4960551>>

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

de Población de las Naciones Unidas, Comitato Internazionale Per Lo Sviluppo Del Popoli CISP y Proyecto Colombia Diversa, tuvo como objeto aunar esfuerzos en el desarrollo de competencias ciudadanas para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos en el marco de la implementación del Sistema Nacional de Convivencia Escolar. Tal convenio tuvo dentro de sus consideraciones, la relacionada con la orden proferida por la Corte Constitucional en la Sentencia T-478 de 2015 o sentencia del caso Sergio Urrego.

Como se vio en Capítulo II del presente documento, la Corte Constitucional mediante la Sentencia T-478 de 2015, sí impartió órdenes al Gobierno Nacional, en cabeza del Ministerio de Educación Nacional, para que desarrollara políticas públicas en el marco de los programas de educación sexual y construcción de ciudadanía, con el propósito de la promoción del respeto por la diversidad sexual en los colegios del país, así como desarrollar el Sistema Nacional de Convivencia Escolar, de manera tal que revisara los manuales de convivencia de todos los colegios del país para garantizar el respeto de la orientación sexual y la identidad de género en los mismos.

En tal sentido, el Convenio de Asociación, mediante el cual el Ministerio de Educación Nacional, puso en marcha lo dispuesto por la Corte Constitucional, incluyó distintas obligaciones para cada uno de los participantes en él, con fundamento en las órdenes de la Sentencia T-478 de 2015.

Así, como uno de los aportes que debía realizar una de las partes suscriptoras del Convenio, se encontraba el documento denominado “Ambientes Escolares Libres de Discriminación”, que no era otra cosa que un documento en que se enseñaba el respeto y la aceptación a las orientaciones sexuales e identidades de género diversas en los ambientes escolares del país.

Empero, la expedición de dicha cartilla estuvo marcada por la polémica generada en torno a la competencia del Ministerio para realizar este tipo de actividad, así como también en relación con argumentos de carácter religioso en torno a la idoneidad y pertinencia de las mismas.

En efecto, cuestionamientos como los del responsable del Ministerio Público para el año 2016, en donde señalaba que “la ministra Gina Parody está utilizando el cumplimiento de una sentencia y de una ley para sacar una cartillas y manuales que adoctrinan a nuestros hijos y nietos en la ideología de género”¹⁰⁸; pone de presente la problemática en torno a la competencia de la administración para la implementación de fallos de la Corte Constitucional, más aún cuando estos tratan sobre la protección de personas LGBTI, como también, en general, para desarrollar

¹⁰⁸ Semana. El nuevo rifirrafe entre el Procurador y Mineducación. Bogotá D.C. (8, agosto, 2016). [citado en 14 abril de 2017]. Párr. 3. Disponible en internet: <<http://www.semana.com/educacion/articulo/el-procurador-en-contra-de-la-educacion-de-genero/485170>>

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

preceptos constitucionales sin necesidad que exista una ley previa sobre la protección de los derechos de estas personas.

Sin embargo, a pesar de la disposición inicial del Ejecutivo para poner en marcha políticas públicas para la protección de los derechos de las personas LGBTI, de conformidad con las órdenes de que fue destinatario en la Sentencia T-478 de 2015, la misma fue truncada por la referida polémica. Lo anterior, en tanto el Gobierno Nacional decidió dar marcha atrás a la mencionada política pública, argumentando que la cartilla cuestionada no había sido adoptada oficialmente por el Ministerio¹⁰⁹.

Lo anterior, no es nada diferente a afirmar que el producto del Convenio de Asociación no había sido adoptado mediante Acto Administrativo. Frente a esto, debe resaltarse entonces la importancia de la cual goza el acto administrativo como manifestación de la voluntad de la administración, y sin el cual, en concepto del Ministerio, el aporte de uno de los suscriptores del Convenio de Asociación no tendría ninguna validez y vigencia en el ordenamiento jurídico colombiano.

A pesar de no haberse adoptado acto administrativo alguno, la competencia que hubiese tenido el Ministerio para la ejecución de políticas públicas contenidas en órdenes de las sentencias de la Corte Constitucional, se defiende en el presente texto. Al respecto, una forma de actuación de la administración tan válida como lo hubiese sido un decreto reglamentario, es perfectamente viable como herramienta para instrumentalizar una orden de la Corte Constitucional.

Adicionalmente, frente al Convenio de Asociación, si se tiene en cuenta que, tanto la Corte Constitucional en su fallo, como el Ministerio de Educación en las consideraciones del Convenio de Asociación, tuvieron siempre presente la puesta en marcha de una Ley como la 1620 de 2013, se debe afirmar entonces que no se hizo nada diferente sino a cumplir con uno de los requisitos para la existencia del Convenio de Asociación, como lo es el de “el desarrollo conjunto de actividades en relación con los **cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley**”¹¹⁰. (Subraya y negrilla fuera de texto).

¹⁰⁹ “La ministra Gina Parody y el Unfpa fueron claros en decir que la cartilla era solo un documento técnico de trabajo no oficial, no avalado por el Ministerio. El lío era que ya estaba circulando, aunque no tenía el visto bueno del Gobierno, y los críticos reforzaron la idea de que se estaba implantando una ideología de género en las aulas. La Ministra pidió no tener en cuenta esta cartilla”. El Tiempo. Cartilla sobre discriminación sexual en colegios dividió al país. Bogotá D.C. (14, agosto, 2016). [citado en 2 junio de 2017]. Párr. 12 y 13. Disponible en internet: <<http://www.eltiempo.com/vida/educacion/cartillas-sobre-diversidad-sexual-en-colegios-genera-debate-en-colombia-39931>>

¹¹⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 489. (30, diciembre, 1998). [citado en 14 abril de 2017]. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Artículo 96. Disponible en internet: <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0489_1998.html>

IV. Constitucionalización del derecho administrativo

El alcance constitucional que ha adquirido el derecho administrativo a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, ha sido de tal importancia, que ha permitido ampliar los espectros clásicos de la actuación de la administración frente a la garantía de los derechos de sus ciudadanas y ciudadanos.

Al respecto, señala el doctrinante Juan Antonio Barrero¹¹¹, que con la nueva Constitución se siguieron modelos constitucionales en los que el centro de atención es la persona humana, de manera que las preocupaciones del constituyente se centraran más en la elaboración de los principios fundamentales y sus garantías antes que en la parte orgánica.

En tal sentido, ha señalado la Corte Constitucional que

Dentro de la supremacía que tiene y debe tener la Constitución, esta se impone como el grado más alto dentro de la jerarquía de las normas, de manera que el contenido de las leyes y de las normas jurídicas generales está limitado por el de la Constitución. Así pues, debe existir siempre armonía entre los preceptos constitucionales y las normas jurídicas de inferior rango, y si no la hay, la Constitución Política de 1991 ordena de manera categórica que se apliquen las disposiciones constitucionales en aquellos casos en que sea manifiesta y no caprichosa, la incompatibilidad entre las mismas, por parte de las autoridades con plena competencia para ello¹¹².

Con esto se tiene que, normas tales como los decretos reglamentarios y en general todos los actos administrativos, bien de carácter general o particular, al ser normas de inferior jerarquía, deben supeditarse a los postulados de la Constitución Política.

En tal sentido, el doctrinante Gustavo Penagos, ha señalado que, con la consagración del Estado Social de Derecho en Colombia, “todas las decisiones administrativas, necesariamente, deben armonizar con la filosofía y orientación política dadas por ese código superior”¹¹³, haciendo referencia a la Constitución Política.

En igual modo, y tal y como se señalaba en el Capítulo III, en relación con la finalidad que deben perseguir los actos administrativos, el profesor Penagos señala que éstos no pueden existir cuando contradigan la Constitución, de manera que toda

¹¹¹ BARRERO BERARDINELLI, Juan Antonio. Las fuentes del derecho administrativo. En: El derecho público y los veinte años de la Constitución de 1991. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Bogotá: Ediciones Uniandes. 2013. p. 87.

¹¹² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-069 de 1995. (23, febrero, 1995). [citado en 28 noviembre de 2016]. Bogotá D.C. Disponible en internet: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-069-95.htm>>

¹¹³ PENAGOS. Op. cit., Tomo I. p. 32 – 33.

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

decisión debe reflejar los fines esenciales del Estado, consagrados en el artículo 2 de la Carta Política, dentro de los que se encuentran garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes establecidos en la Constitución¹¹⁴.

Incluso, va más allá el profesor, cuando pone de presente el papel del juez contencioso, al señalar que “el acto administrativo en el nuevo siglo debe tender a la realización efectiva de los derechos del ciudadano, el juez administrativo no debe limitarse a ser un simple contencioso de legalidad sino de realizar la plenitud de la justicia en la sentencia”¹¹⁵.

Según se observa, el doctrinante no sólo pone de presente que con el acto administrativo se debe perseguir la realización de los derechos de los ciudadanos, sino que también se adelanta a considerar el papel del juez en la evaluación de estos actos, en donde se puede ver que no basta un apego a la legalidad para su juicio, sino la realización de la justicia. Con esto, podría afirmarse que el profesor Penagos abre la puerta a la posibilidad de que existan actos administrativos que no estén sustentados en la ley, sino que en sí mismos realicen el valor de la justicia.

El profesor Santofimio, por su parte, señala que la postulación de derechos y garantías ciudadanas y la consagración de la distribución del poder, características que permiten entender a la Constitución como norma jurídica propia, influyen en las actuaciones administrativas, “en la medida en que la Constitución sin necesaria intermediación de la ley le introduce a esta dinámica y le determina algunos de sus principales derroteros y finalidades”¹¹⁶.

Añade que, “el derecho administrativo, como subsistema jurídico orientado por la Constitución, está en relación de comunicación rectora permanente con aquel, de manera tal que los cambios que se produzcan en las materias constitucionales pueden, más bien deben, producir los cambios de rumbo en el derecho administrativo, en la misma proporción y sentido que en su norma base”¹¹⁷.

De conformidad con lo anterior, es viable afirmar que, para el profesor Santofimio, la Constitución Política surge como la norma de normas que influye en las actuaciones administrativas, tanto que, los cambios producidos constitucionalmente, deben a su vez, reflejarse en el derecho administrativo.

Por su parte, para el profesor Rodríguez-Arana, la caracterización del derecho administrativo desde la perspectiva constitucional, conlleva el necesario

¹¹⁴ *Ibíd.*, p. 33.

¹¹⁵ *Ibíd.*, p. 40.

¹¹⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de derecho administrativo. Introducción a los conceptos de la administración pública y el derecho administrativo. 3 ed. Tomo I. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 359.

¹¹⁷ *Ibíd.*, p. 360.

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

replanteamiento de “dogmas y criterios”, que deben sustituirse “por los principios que presiden el nuevo Estado Social y Democrático de Derecho”¹¹⁸.

En efecto a juicio del profesor, “la garantía del interés general es la principal tarea del Estado y, por ello, el Derecho Administrativo ha de tener presente esta realidad y adecuarse, institucionalmente, a los nuevos tiempos pues, de lo contrario perderá la ocasión de cumplir la función que lo justifica, cual es la mejor ordenación y gestión de la actividad pública con arreglo a la justicia”¹¹⁹.

Así, se encuentra que, para el profesor Rodríguez-Arana, la constitucionalización del derecho administrativo, supone un imperativo, en tanto los principios del nuevo Estado deben regir con el propósito superior del interés general. De igual modo, el profesor introduce un aspecto bastante interesante a ser tenido en cuenta, como lo es el valor de la justicia en la gestión de la actividad pública.

Quizás es este valor, una de las principales diferencias con el modelo anterior, en donde el fin último de la administración era la realización por y para la ley. Ahora, valores constitucionales propios del Estado Social y Democrático de Derecho, son los que deben también regir la función administrativa, en aras del interés general.

De esta manera, después de revisados los principales textos jurídicos existentes sobre el derecho administrativo, se encuentra que, los principales doctrinantes de esta rama del derecho, encuentran como una verdadera fuente del derecho administrativo a la Constitución Política, entendida como norma de normas, reconociendo así lo que establece el artículo 4 Superior para tales efectos.

Este reconocimiento, es decir, de considerar a la Constitución como fuente primaria del derecho administrativo, reviste de gran importancia, si se tiene en cuenta que, por muchos años, la ley siempre fue la fuente primaria que impregnaba esta área del derecho, y particularmente sus formas de actuación, como el acto administrativo, y en particular, el decreto reglamentario.

Ahora, si bien se recibe con beneplácito el reconocimiento de la Constitución como fuente primaria del derecho administrativo, la actual doctrina deja de lado el análisis subyacente al papel de la jurisprudencia como fuente material para la expedición del acto administrativo.

Pues bien, frente a este tema, ha de plantearse que, frente a las sentencias emitidas por la Corte Constitucional, bien sea de tutela o de constitucionalidad, las mismas, constituyen verdaderos parámetros constitucionales sobre los cuales debe basar la administración su actuación. Esto, pues resulta lógico pensar que, quién mejor para hacerlo que la intérprete autorizada de la Constitución Política. Con esto, no se hace nada diferente sino a propender por mantener vigente esta nueva corriente según

¹¹⁸ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Aproximación al derecho administrativo constitucional. 1 ed. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. p. 58.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 58.

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

la cual la Constitución Política debe ser la primera fuente que debe observar la administración en la aplicación de su derecho.

En tal sentido, no debe existir limitante alguna para la administración pública a la hora de acudir, para la fundamentación de su actuación, tanto a sentencias de tutela, como de constitucionalidad. En tal sentido, lo que subyace a esta problemática, es que los efectos erga omnes o inter pares que pueda llegar a tener una determinada sentencia utilizada por la administración con motivo de su actuación, deben dejar de ser relevantes, pues el fin último que se busca, es la satisfacción del interés general de la ciudadanía, bien sea con parámetros de constitucionalidad establecidos en una sentencia de tutela o en una de constitucionalidad.

Ahora bien, de otro lado, frente al argumento de los detractores, de la idea relacionada con la imposibilidad de utilizar la potestad reglamentaria del artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política, para reglamentar sentencias de la Corte Constitucional, expuesto en el Capítulo II del presente texto, han de hacerse varias precisiones.

La primera precisión, es que en ningún momento, para los casos de interrupción voluntaria del embarazo y cambio del componente sexo en la cédula, el Gobierno Nacional hizo uso de dicha potestad reglamentaria directamente sobre el contenido de las respectivas sentencias. Al respecto, desconocen quienes alegan tal posición, que, tal y como se vio en el Capítulo III, el Gobierno Nacional hizo uso de dicha facultad respecto de leyes que lo habilitaban de manera general, a ejercer acciones para garantizar, de manera general, los temas sobre los cuales recaían precisamente las sentencias.

De esta manera, se tiene que la potestad reglamentaria del artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política sí se efectuó, pero respecto de verdaderas leyes. Empero, lo anterior no obsta de ningún modo, para que, el Gobierno Nacional acuda directamente a la Constitución Política como norma que lo habilita a reglamentar para la protección de los derechos fundamentales.

Así, incluso bajo el supuesto de que el Gobierno reglamentó verdaderas leyes, se debe afirmar que las actuaciones del Gobierno Nacional, estuvieron entonces marcadas por el apego estricto a las órdenes y consideraciones de la Corte Constitucional, quien hay que destacar, es la única intérprete autorizada de la Constitución Política.

De esta manera, el Gobierno observó de manera detallada los parámetros fijados por la Corte Constitucional, bajo los cuales las entidades debían poner en marcha políticas públicas, tendientes a la realización efectiva de los derechos de las personas objeto de protección en sus sentencias.

Por ejemplo, en la Sentencia C-355 de 2006, la Corte señaló las reglas para el acceso a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, reglas que

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

posteriormente fueron desarrolladas por el Gobierno Nacional con el objeto de materializar aún más lo contenido en la sentencia, de manera que no se pusieran trabas innecesarias para el acceso efectivo de la mujer a este derecho.

Incluso, vale la pena preguntarse, aun cuando la misma Corte señaló que no era necesaria una reglamentación al respecto, ¿qué hubiera pasado si no se hubiera presentado esa reglamentación por parte del Gobierno, si con el solo texto de las sentencias los operadores de la salud interpusieron todo tipo de impedimentos para el acceso a este derecho?

Así, el argumento que sostuvieron en su oportunidad los detractores del Decreto 4444 de 2006, relacionado con que no hacía falta la expedición de reglamentación alguna para la puesta en marcha de lo dictado en la sentencia, pierde toda su fuerza, pues es sabido que las fallas para el acceso efectivo a este derecho se siguieron presentando incluso con posterioridad a la expedición del Decreto.

De esta manera se tiene que, con una observancia estrictamente apegada al texto constitucional de la sentencia, el Gobierno Nacional no hizo cosa distinta sino poner en práctica la protección de los derechos fundamentales de las mujeres, con lo cual, la existencia de una ley específica que lo facultara para realizar tal actuación, resultaría abiertamente inocua, pues el Gobierno directamente estaría acudiendo a los fines últimos que rigen su actuación administrativa, como lo es el contenido en el artículo 2 de la Constitución Política, relacionado con la garantía de la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución.

Más aún, si quien está abriendo la posibilidad a la protección constitucional de una nueva situación con efectos jurídicos, que antes no estaba prevista en el ordenamiento jurídico, como lo sería el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en los tres casos despenalizados, es la intérprete autorizada de la Constitución Política.

De esta manera, se evidencia que el haber acudido a la protección de los derechos constitucionales, no ocurrió bajo sus propias interpretaciones, sino que lo hizo con base a lo que la intérprete autorizada de la Constitución, previamente había señalado.

En modo parecido ocurrió con la Sentencia T-063 de 2015, cuando el Gobierno Nacional, optó por materializar en una política pública, las decisiones contenidas en una sentencia de tutela que no dirigía ninguna orden al mismo. En esta ocasión, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1227 de 2015, en donde utilizó dentro de sus consideraciones como fundamento, apartes de la Sentencia T-063 de 2015.

Con esto, el Gobierno Nacional no hizo nada diferente a actuar como garante en la protección de los derechos fundamentales de las personas trans, y a extender los efectos de la sentencia en consideración, a la generalidad de la población en Colombia. Sobre la existencia de una ley que lo habilitara a reglamentar dicho tema, existe controversia al respecto, pues el Gobierno argumenta que está

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

reglamentando el Decreto Ley 1260 de 1970, sin embargo, sus detractores, aseguran que dicha ley no lo faculta a reglamentar la materia y por lo tanto está actuando por fuera de sus competencias.

Frente a este tema, el Consejo de Estado mediante Auto del año 2016, preliminarmente consideró que el Gobierno sí estaba reglamentando el Decreto Ley en mención, razón por la cual no concedió la suspensión provisional del Decreto 1227 de 2015, mientras decidía de fondo sobre la acción de nulidad interpuesta.

Conforme a lo anterior, se tiene que las actuaciones del Gobierno en materia de la implementación de los reconocimientos de los derechos hechos por la Corte Constitucional, han puesto de presente un choque entre las facultades reglamentarias de la administración y la reserva de ley que ostenta el Congreso de la República para decidir sobre ciertos temas.

Al respecto, conviene destacar lo que ha señalado el profesor Santaella Quintero, en relación a las tensiones que ha suscitado la interpretación clásica del principio de legalidad en la potestad normativa de la administración. En tal sentido, sostiene el doctrinante que “antes que una concepción estricta del vínculo del reglamento a la ley –principio de legalidad en sentido clásico-, la Constitución adoptó una visión más amplia de este asunto e impone un sometimiento de la administración al Derecho –y no específicamente a la ley-, esto es, a un bloque de legalidad o principio de juridicidad que, además de las leyes formales, comprende las distintas formas que integran el ordenamiento jurídico”¹²⁰.

Agrega, que la consecuencia de una administración que únicamente ejecute y dependa de la ley

de la cual se entiende que emana cada una de sus competencias y atribuciones, y que por lo tanto resulta impedida para actuar a falta de una habilitación legal previa adecuada, dicha fórmula se muestra incompatible con la visión constitucional de esta rama del poder público: la confina en los estrictos marcos legales y con ello compromete y desvirtúa su vinculación a la Constitución. Erige así una talanquera para el cumplimiento efectivo de las responsabilidades administrativas constitucionalmente impuestas¹²¹.

En efecto, el autor a modo de ejemplo, presenta precisamente el caso de la declaratoria de nulidad del Decreto 4444 de 2006 por parte del Consejo de Estado, en donde hace una crítica a la decisión adoptada por el alto tribunal. Al respecto, resalta que el Consejo de Estado, “con el argumento de que “no había ley para

¹²⁰ SANTAELLA QUINTERO, Héctor. Del principio de legalidad al principio de juridicidad: implicaciones para la potestad normativa de la administración de una transición constitucionalmente impuesta. En: MONTAÑA PLATA, Alberto y OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando. La constitucionalización del derecho administrativo. XV Jornadas internacionales de derecho administrativo. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2014. p. 81.

¹²¹ *Ibid.*, p. 100 – 101.

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

reglamentar”¹²², hubiese anulado el decreto porque, según el autor, la regulación del aborto, “sencillamente, ¡no es materia de ley!”¹²³.

Con esto, el autor pone de presente una de las tantas dificultades a las que se ve enfrentada la administración, cuando por un lado debe cumplir con los mandatos constitucionales, y del otro, no tiene ninguna ley que la habilite para actuar en determinada materia. Así, para dar solución a este tipo de controversias, Santaella Quintero propone acudir al principio de juridicidad, “esto significa que allí donde no hay reserva legal, como forma de salvaguardar la libertad individual, la seguridad jurídica y la igualdad de las personas, la conjunción de los principios de Estado de Derecho y juridicidad exige que la administración actúe con arreglo al Derecho, esto es, dentro de un marco jurídicamente definido”¹²⁴.

De conformidad con lo anterior, se tiene entonces que ya en la doctrina nacional, el planteamiento del problema de gestión abordado en el presente texto, se plantea como uno que supone la transversalidad del derecho constitucional frente al derecho administrativo, para dar solución a casos en donde la administración pública se ve limitada en su actuación para la garantía de los derechos constitucionales.

Sin embargo, conviene señalar que Santaella Quintero no aborda específicamente el uso de la jurisprudencia dentro del espectro de la juridicidad, como tampoco señala parámetros algunos para enmarcar la actuación de la administración, específicamente relacionados con la garantía y protección de derechos de personas de especial protección constitucional.

De este modo, si se observan los temas analizados en el presente texto, referentes a la protección de los derechos fundamentales de mujeres, de personas trans y en general de población LGBTI, se tiene que todos ellos hacen parte de la denominada categoría de sujetos de especial protección constitucional.

Esta característica, surge como el principal fundamento que tiene a su cargo el Gobierno Nacional para la efectiva realización de la protección de los derechos de estas personas, en tanto ameritan del Gobierno una pronta y efectiva respuesta.

Lo anterior, en tanto ha considerado la misma Corte Constitucional, que como sujetos de especial protección constitucional, se tienen a las minorías en razón de sexo, género, orientación sexual e identidad de género, que no son más que las mujeres como personas históricamente marginadas y las personas LGBTI como población también históricamente discriminada.

Presta especial atención la característica de que sean población entendida como minoría, pues ésta será el principal motivo por el cual, un órgano representativo de

¹²² *Ibíd.*, p. 101.

¹²³ *Ibíd.*, p. 101.

¹²⁴ *Ibíd.*, p. 103.

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

las ciudadanas y los ciudadanos, como lo es el Congreso de la República, que representa a las mayorías de una democracia, no pueda legislar y disponer de los derechos de estas personas.

En efecto, bajo el actual Estado Social y Democrático de Derecho en Colombia, cobra especial vigencia el concepto contemporáneo de democracia, que reconoce la regla de la mayoría limitada e impide el desconocimiento de los derechos de las minorías. Al respecto, señala la Corte Constitucional que “se trata de una condición sustantiva de la democracia que exige considerar inaplicable la regla de la mayoría como forma de adopción de decisiones, cuando se pretende la aprobación de medidas que pueden vulnerar los derechos de las minorías”¹²⁵.

Complementa la Corte señalando que “esa barrera a las decisiones mayoritarias se refleja en algunas posturas teóricas que advierten, por ejemplo, que los derechos fundamentales son posiciones tan significativas o importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no debe depender de las mayorías parlamentarias”¹²⁶.

De conformidad con lo anterior, el argumento expuesto en el Capítulo II, de quienes opinaban que el Gobierno Nacional había actuado sin competencia por ser los temas analizados sujetos de reserva legal, no encuentra asidero alguno en el marco constitucional instaurado en el país, en la medida en que la disposición de los derechos fundamentales de las minorías, no podrá estar en cabeza de un órgano representativo mayoritario como lo es el Congreso de la República, más aún si se tiene en cuenta que la posible disposición de los derechos de tales personas, sería en un sentido desfavorable hacia las mismas.

De acuerdo a lo atrás expuesto, lo que se propone, dentro del movimiento de la constitucionalización del derecho administrativo, es que el Gobierno Nacional, en ejercicio de la potestad reglamentaria del artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política, siempre y cuando existan leyes que de manera general le permitan actuar sobre temas sobre los cuales se esté pronunciando la Corte Constitucional, pueda desarrollar políticas públicas que de manera específica esté abordando el Alto Tribunal, en los casos en que se vean comprometidos los derechos fundamentales de las personas de especial protección constitucional, en atención a esta característica, bien sea a partir de órdenes de la Corte, o a partir de consideraciones realizadas por la misma, teniendo en cuenta de que es el máximo órgano autorizado para interpretar el texto constitucional. Esto, partiendo de la base de que el derecho administrativo moderno debe responder a los cambios sociales y propender por la consecución de los fines esenciales del Estado, dentro de los cuales se encuentra hacer efectivos los derechos consagrados en la Carta Política.

¹²⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-150 de 2015. (8, abril, 2015). [citado en 12 mayo de 2017]. Bogotá D.C. p. 102. Disponible en internet: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-150-15.htm>>

¹²⁶ *Ibid.*, p. 103.

V. Producto: Coadyuvancia ante el Consejo de Estado

El producto práctico que se plantea como la primera de una serie de medidas para dar solución al problema de gestión abordado en el trabajo investigativo, es la realización de una Coadyuvancia a favor del Ministerio de Justicia y del Derecho, en la acción de nulidad interpuesta por la Procuraduría General de la Nación en contra del Decreto 1227 de 2015 o Decreto Trans.

El argumento principal que soportará la Coadyuvancia, será el relacionado con soportar la idea de la validez del mencionado decreto, bajo una perspectiva argumentativa de la constitucionalización del derecho administrativo y de la posibilidad de utilizar la potestad reglamentaria del artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política frente a sentencias de constitucionalidad y de tutela la Corte Constitucional, cuando éstas protejan los derechos fundamentales de personas de especial protección constitucional, tales como mujeres y personas LGBTI.

Esta Coadyuvancia se presenta, en primer término, debido a que actualmente cursa en el Consejo de Estado el proceso de acción de nulidad No. 11001 0324 000 2015 00367 00, mediante el cual el alto tribunal conoce una vez más de una problemática relacionada con el uso de la potestad reglamentaria. De esta manera, se presenta una valiosa oportunidad para pretender obtener un pronunciamiento directo del órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa.

En segundo lugar, la escogencia en la realización de una Coadyuvancia se soporta en la idea según la cual, la realización de otro producto como un proyecto de ley, que permitiera y aclarara los términos en que la administración pudiese hacer uso de la potestad reglamentaria para temas contenidos en sentencias de la Corte Constitucional, tendría una menor probabilidad de ser aprobado por el Congreso de la República. Precisamente, la reticencia del órgano legislativo para legislar a favor de los derechos fundamentales de las minorías, como mujeres y personas LGBTI, impediría el éxito del mismo.

En tercer lugar, la realización de un decreto reglamentario, que fijara los términos para el uso de la potestad reglamentaria, correría la misma suerte que los propios decretos reglamentarios analizados en el trabajo, pues con toda seguridad sería demandado, por considerar a la administración como incompetente para expedirlo.

Ahora bien, dado que el éxito de la Coadyuvancia depende de que el Consejo de Estado acoja los argumentos planteados en ella y falle a favor de la validez del Decreto 1227 de 2015, el mismo no se encuentra asegurado y su probabilidad de ocurrencia indeterminada. Sin embargo, la realización de la Coadyuvancia se soporta entonces, en que de no prosperar la misma ante el Consejo de Estado, los argumentos planteados en ella servirán como base para la fijación de una estrategia de litigio ante la Corte Constitucional, por medio de una futura acción de tutela en

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

contra de la sentencia que fallare el Consejo de Estado declarando la nulidad del Decreto 1227 de 2015.

Así, el propósito de la Coadyuvancia será buscar un pronunciamiento favorable del Consejo de Estado, que permita el uso de la potestad reglamentaria, bajo el argumento de la constitucionalización del derecho administrativo y la protección de los derechos fundamentales de personas de especial protección constitucional.

Conclusiones

La actuación del Gobierno Nacional para la implementación de órdenes contenidas en sentencias de la Corte Constitucional, particularmente en la protección de los derechos de las mujeres y de personas LGBTI, ha sido duramente cuestionada por quienes sostienen su incompetencia y extralimitación en funciones para regular los temas objeto de debate.

Tal ha sido el reproche a su actuación, que se han interpuesto acciones de nulidad en contra de los decretos reglamentarios y circulares de servicio que ha expedido el Gobierno para la defensa de los derechos de las mujeres y de personas trans. En efecto, tales recursos fueron fallados en contra del Gobierno, cuando el Consejo de Estado declaró la nulidad de los Decretos 4444 de 2006 y las Circulares de Servicio 058 de 2009, 03 de 2011 y 03 de 2013, para el caso del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo.

El principal argumento de quienes pretendían sacar del ordenamiento jurídico los mencionados instrumentos, fue el relacionado con que el Presidente de la República no podía hacer uso de su potestad reglamentaria contenida en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política, pues ésta solo se estaba dada cuando existía una ley sobre el tema específico que debía reglamentar.

Incluso, el mismo Consejo de Estado, compartiendo uno de los argumentos expuestos por un accionante en su demanda, señaló que no era posible reglamentar sentencias, pues éstas nunca iban a tener el carácter de una ley. Con esto, y con lo expuesto en el Capítulo II, simplemente se observa una actitud estrictamente legalista del Consejo de Estado y que no responde a un modelo de Estado como el consagrado en la Constitución de 1991, en donde la ley como fuente primordial de derecho para el derecho administrativo, resultó en un segundo plano.

En efecto, el marco constitucional de 1991 para la protección de las mujeres y personas LGBTI, junto con la evolución jurisprudencial sostenida por la Corte Constitucional en tal sentido, han puesto en evidencia la importancia en la protección material y efectiva de los derechos de todas las personas que debe ejercer el Estado.

Pero esta progresividad en la protección de los derechos de las mujeres y personas LGBTI, no puede ser entendida sin el actuar constante del Alto Tribunal, y consecuentemente de las acciones de política pública puestas en marcha por el Ejecutivo en cumplimiento de las órdenes de la Corte Constitucional.

Desconocer el avance, la celeridad y la efectividad en la protección de los derechos de estas personas, mediante la implementación de instrumentos administrativos,

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

resultaría inaceptable. Más aún, si se observa la inoperancia del Congreso de la República al legislar sobre estos temas.

Empero, aún bajo el supuesto de que el Congreso actuara de manera célere para legislar sobre estos temas, es el Ejecutivo quien tendría la plena competencia para ejecutar políticas públicas de tal envergadura, pues se encuentra obligado por la Corte Constitucional y habilitado plenamente por el artículo 189 numeral 11 en conjunto con los postulados de los fines sociales del Estado consagrados en el artículo 2 de la Constitución Política y los principios de la administración pública consagrados en el artículo 209 superior y 3 de la Ley 489 de 1998, para garantizar y proteger los derechos fundamentales de sus ciudadanas y ciudadanos. Así, el Gobierno Nacional no estaría haciendo otra cosa que protegiendo los derechos de las minorías.

Precisamente, permitir que los derechos de personas de especial protección constitucional y grupos poblacionales minoritarios, sean legislados por el Congreso de la República, atenta contra uno de los más importantes principios de la democracia comprendida dentro de un Estado Social de Derecho. Esto, pues someter los derechos de las minorías a lo que decidan las mayorías, resultaría abiertamente inconstitucional.

De esta manera, ha de afirmarse que el Gobierno Nacional, en los casos de las analizadas, bien fuera por una orden o por utilización de las consideraciones de la Corte Constitucional, se encontraba perfectamente habilitado para ejecutar políticas públicas a favor de las mujeres y de las personas LGBTI.

Así, estamos en presencia de una nueva era del Derecho Administrativo, en donde su constitucionalización, le permite a la administración asumir funciones que no hacen cosa diferente sino la efectiva protección de los derechos fundamentales de las minorías, sin transgredir de ningún modo las funciones que le corresponden a ésta o al Congreso de la República.

BIBLIOGRAFÍA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA

COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia de 1991. (4 de julio de 1991). [Citado en 18 octubre de 2016]. Bogotá D.C. Disponible en internet:

<http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html>

LEGISLACIÓN

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 10. (10, enero, 1990). [citado en 28 abril de 2017]. Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones. Disponible en internet:

<<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3421>>

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100. (23, diciembre, 1993). [citado en 28 abril de 2017]. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Disponible en internet:

<http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993_pr004.html#227>

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 489. (30, diciembre, 1998). [citado en 14 abril de 2017]. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Disponible en internet:

<http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0489_1998.html>

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 715. (21, diciembre, 2001). [citado en: 28 abril de 2017]. Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros. Disponible en internet:

<http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0715_2001_pr001.html#42>

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437. (18, enero, 2011). [citado en: 29 mayo de 2017]. Por la cual se expide el Código de Procedimiento

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Disponible en internet: <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html>

DECRETOS REGLAMENTARIOS

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA – MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. Decreto 1227 de 2015. (4, junio, 2015). Por el cual se adiciona una sección al Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, relacionada con el trámite para corregir el componente sexo en el Registro del Estado Civil. [Citado en 18 de octubre de 2016]. Bogotá D.C. Disponible en internet:

<<https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Ministerio/decreto%20unico/%23%20decretos/1.%20DECRETO%202015-1227%20sexo%20cédula.pdf>>

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA – MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL. Decreto 4444. (13, diciembre, 2006). Por el cual se reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva. [Citado en 18 octubre de 2016]. Bogotá D.C. Disponible en internet: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=22421>>

CONVENIO DE ASOCIACIÓN

COLOMBIA. MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL. Convenio de Asociación 753 de 2016. (4, abril, 2016). [Citado en 18 octubre de 2016]. Bogotá D.C. Disponible en internet: <<https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=16-12-4960551>>

CIRCULARES DE SERVICIO

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Circular Externa 58. (27, noviembre, 2009). Adiciones, modificaciones y exclusiones de la Circular Única 47 de 2007 modificada por las Circulares 48, 49, 50, 51, 52 de 2008 y 57 de 2009. [Citado en 18 octubre de 2016]. Bogotá D.C. Disponible en internet: <https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/CircularesExterna/C_2009_No_rma_0058.pdf>

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Circular Externa 03. (27, septiembre, 2011). Cumplimiento de las directrices de las Sentencias C-355 de

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

2006 y T-388 de 2009 de la Corte Constitucional. [Citado en 14 abril de 2017]. Bogotá D.C.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Circular Externa 03. (26, abril, 2013). Por la cual se imparte instrucciones sobre la interrupción voluntaria del embarazo (IVE), en aplicación de la Constitución Política de Colombia, los Tratados Internacionales y las Sentencia de la Corte Constitucional y se deroga la Circular No 03 de noviembre de 2011. [Citado en 18 octubre de 2016]. Bogotá D.C. Disponible en internet: <https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/CircularesExterna/C_2013_No_rma_0003.pdf>

JURISPRUDENCIA

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 14 de octubre de 1999. Expediente 5064. Citado por: PENAGOS, Gustavo. El acto administrativo. 9 ed. Tomo II. Bogotá D.C.: Ediciones doctrina y ley Ltda., 2011.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de agosto de 2005: 188. Citado por: PENAGOS, Gustavo. El acto administrativo. 9 ed. Tomo II. Bogotá D.C.: Ediciones doctrina y ley Ltda., 2011.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Expediente 11001032400020080025600. (13, marzo, 2013). [Citado en 14 abril de 2017]. Bogotá D.C.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Expediente 2012-00017-00. (23, mayo, 2013). [Citado en 14 abril de 2017]. Bogotá D.C.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Radicado 11001032400020150036700. (10, marzo, 2016). [Citado en 14 abril de 2017]. Bogotá D.C.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Expediente 11001-03-24-000-2013-00257-00. (13, octubre, 2016). [Citado en 14 abril de 2017]. Bogotá D.C.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 de 1992. (5, junio, 1992). [Citado en 13 septiembre de 2016]. Bogotá D.C. Disponible en internet: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm>>

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-069 de 1995. (23, febrero, 1995). [citado en 28 noviembre de 2016]. Bogotá D.C. Disponible en internet: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-069-95.htm>>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-570 de 1997. (6, noviembre, 1997). [Citado en 4 junio de 2017]. Bogotá D.C. Disponible en internet: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-570-97.htm>>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-371 de 2000. (29, marzo, 2000). [Citado en: 31 marzo de 2017]. Bogotá D.C. Disponible en internet: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2000/C-37100.htm#_ftnref14>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1436 de 2000. (25, octubre, 2000). [citado en 28 noviembre de 2016]. Bogotá D.C. Disponible en internet: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-1436-00.htm>>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-620 de 2004. (30, junio, 2004). [citado en 28 noviembre de 2016]. Bogotá D.C. Disponible en internet: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-620-04.htm>>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-355 de 2006. (10, mayo, 2006). [Citado en 3 marzo de 2017]. Bogotá D.C. Disponible en internet: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1005 de 2008. (15, octubre, 2008). [Citado en 28 abril de 2017]. Bogotá D.C. Disponible en internet: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-1005-08.htm>>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-388 de 2009. (28, mayo, 2009). [Citado en 18 octubre de 2016]. Bogotá D.C. Disponible en internet: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-388-09.htm>>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 283 de 2010. (5, agosto, 2010). [Citado en 31 marzo de 2017]. Bogotá D.C. Disponible en internet: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2010/A283-10.htm>>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Auto A-327 de 2010. (1, octubre, 2010). [Citado en 14 abril de 2017]. Bogotá D.C. Disponible en internet: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2010/a327-10.htm>>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-248 de 2012. (26, marzo, 2012). [Citado en: 31 de marzo de 2017]. Bogotá D.C. Disponible en internet: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-248-12.htm>>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-250 de 2012. (28, marzo, 2012). [Citado en 13 septiembre de 2016]. Bogotá D.C. Disponible en internet: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-250-12.htm>>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-627 de 2012. (10, agosto, 2012). [Citado en 31 marzo de 2017]. Bogotá D.C. Disponible en internet: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-627-12.htm>>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-556 de 2014. (24, julio, 2014). [citado en 27 noviembre de 2016]. Bogotá D.C. Disponible en internet: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/SU556-14.htm>>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-063 de 2015. (13, febrero, 2015). [Citado en 18 octubre de 2016]. Bogotá D.C. Disponible en internet: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/T-063-15.htm>>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-150 de 2015. (8, abril, 2015). [citado en 12 mayo de 2017]. Bogotá D.C. Disponible en internet: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-150-15.htm>>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-478 de 2015. (3, agosto, 2015). [Citado en 2 marzo de 2017]. Bogotá D.C. Disponible en internet: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-478-15.htm>>

DOCTRINA

BARRERO BERARDINELLI, Juan Antonio. Las fuentes del derecho administrativo. En: El derecho público y los veinte años de la Constitución de 1991. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Bogotá: Ediciones Uniandes. 2013.

CASSAGNE, Juan Carlos. El acto administrativo. 2 ed. Bogotá: Editorial Temis. 2013.

DALÉN, Annika. La implementación de la despenalización parcial del aborto en Colombia. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia. Bogotá. 2013.

PENAGOS, Gustavo. El acto administrativo. 9 ed. Tomo I. Bogotá D.C.: Ediciones doctrina y ley Ltda., 2011.

PENAGOS, Gustavo. El acto administrativo. 9 ed. Tomo II. Bogotá D.C.: Ediciones doctrina y ley Ltda., 2011.

RIASCOS GÓMEZ, Libardo Orlando. El acto administrativo. 3 ed. Bogotá: Editorial Ibáñez. 2016.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Aproximación al derecho administrativo constitucional. 1 ed. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

SANTAELLA QUINTERO, Héctor. Del principio de legalidad al principio de juridicidad: implicaciones para la potestad normativa de la administración de una transición constitucionalmente impuesta. En: MONTAÑA PLATA, Alberto y OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando. La constitucionalización del derecho administrativo. XV Jornadas internacionales de derecho administrativo. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2014.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de derecho administrativo. Introducción a los conceptos de la administración pública y el derecho administrativo. 3 ed. Tomo I. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2003.

ARTÍCULOS INFORMATIVOS

Semana. El nuevo rifirrafe entre el Procurador y Mineducación. Bogotá D.C. (8, agosto, 2016). [citado en 14 abril de 2017]. Disponible en internet: <<http://www.semana.com/educacion/articulo/el-procurador-en-contra-de-la-educacion-de-genero/485170>>

Anexo I
Coadyuvancia ante el Consejo de Estado

Bogotá D.C., doce (12) de mayo de 2017

Honorables Consejero
GUILLERMO VARGAS AYALA
Sección Primera
Sala de lo Contencioso Administrativo
Consejo de Estado de Colombia
E.S.D.

Referencia: *Acción de Nulidad Simple – Radicado No. 11001 0324 000 2015 00367 00*

Asunto: *Coadyuvancia de MARÍA ALEJANDRA MEDINA UBAJOA a favor del Ministerio de Justicia y del Derecho en la Acción de Nulidad Simple instaurada por la Procuraduría General de la Nación en contra de éstos por la expedición del Decreto 1227 de 2015 “Decreto Trans”.*

Respetadas Consejeras y Consejeros,

MARÍA ALEJANDRA MEDINA UBAJOA, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Bogotá D.C., identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 1.081.412.124 de La Plata, Huila, actuando en mi propio nombre y representación, pongo a su consideración la siguiente **COADYUVANCIA** en el proceso de la referencia, de conformidad con el artículo 223 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

La presente tiene como objetivo soportar la actuación realizada por el Ministerio de Justicia y del Derecho en la expedición del Decreto 1227 de 2015, que permitió efectuar el cambio del componente sexo en los documentos de identidad, sin mayor requisito que el de acudir a una Notaría y realizar una declaración juramentada para tal efecto, para así poder efectuar el cambio del componente sexo en el Registro Civil de Nacimiento.

En tal sentido, la aproximación al caso en cuestión, se realizará desde una perspectiva de la constitucionalización del derecho administrativo y en tal razón se

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

soportará la idea de que la administración goza de plenas facultades para ejecutar política pública de conformidad con consideraciones u órdenes contenidas en fallos proferidos por la Corte Constitucional, siempre y cuando la materia abordada trate sobre derechos de minorías en la sociedad, sin necesidad de la preexistencia de una Ley de la República que de manera específica faculte a la administración para actuar en tal sentido, sino tan solo una Ley que de carácter general le permita a la administración actuar sobre los temas que en específico aborda la Corte Constitucional.

Así, esta Coadyuvancia estará comprendida por los siguientes capítulos: i) Precedentes jurisprudenciales que reglamentan o instan a reglamentar políticas públicas para población de especial protección constitucional y su reglamentación, ii) la protección de los derechos humanos de personas de especial protección constitucional, iii) la doctrina de la constitucionalización del derecho administrativo, y iv) petición.

I. Precedentes jurisprudenciales que reglamentan o instan a la reglamentación de políticas públicas para población de especial protección constitucional y su reglamentación

La expedición del Decreto 1227 de 2015 constituyó uno de los avances más significativos en materia de protección de los derechos de las personas trans, en especial el relacionado con el derecho fundamental a la identidad. Este Decreto, dentro de sus consideraciones, toma en extenso como referente lo preceptuado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-063 de 2015, para justificar la necesidad de adoptar este tipo de política a favor de las personas trans en razón a su no conformidad entre el sexo asignado al nacer y la identidad de género de la persona.

Así mismo, dentro de los apartes de la sentencia tomados por el decreto, se observan los beneficios que trae este nuevo mecanismo para cambiar el componente sexo de sus documentos de identidad, favoreciendo la recepción de un trato igualitario frente a las personas cisgénero, quienes para cambiar su nombre les basta con realizarlo mediante trámite notarial.

Ahora bien, con respecto a lo anterior, algunos sectores de opinión consideran que lo que en realidad hizo el Ministerio el Ministerio de Justicia y del Derecho, fue reglamentar la Sentencia T-063 de 2015.

Sin embargo, y como bien lo señalaron las entidades demandadas en la contestación de la solicitud de suspensión provisional del Decreto, conocida por esta honorable Corte, lo que en realidad se hizo fue utilizar las consideraciones de la

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

sentencia en mención “solamente para llenar de contenido los artículos reglamentados del Decreto 1260 de 1970”¹²⁷.

Empero, lo que aquí se pretende hacer es recordar al Honorable Consejo de Estado que, con anterioridad a la ocurrencia de la disputa aquí abordada, en el pasado dicha discusión, acerca de la reglamentación por parte del Ejecutivo de sentencias de la Corte Constitucional, ya se ha presentado.

En efecto, y recordando que en esta coadyuvancia se limitará a la discusión de los derechos de las minorías, una de las primeras sentencias que fue objeto de gran discusión en el plano académico y gubernamental, fue la Sentencia C-355 de 2006, mediante la cual la Corte Constitucional despenalizó la interrupción voluntaria del embarazo en tres casos excepcionales.

Dicha sentencia fijó cada uno de los requisitos necesarios para acceder a la práctica del aborto para cada una de las tres causales despenalizadas. En efecto, en lo que se considera un trabajo detallado y preciso, la Corte estableció cada uno de los requisitos que debía cumplir la mujer para la práctica del aborto, de manera tal que no fuera posible la exigencia de requisitos adicionales por parte de cualquier tipo de centro de salud, para la realización efectiva e inmediata del derecho a interrumpir voluntariamente su embarazo.

Llama la atención de esta sentencia la no destinación de órdenes al Ejecutivo para la reglamentación de la práctica del aborto, aun cuando la Corte sí dejó a disposición de aquél la reglamentación de este derecho cuando con ello se persiguiese la garantía de los derechos de las mujeres y siempre y cuando estuviera dentro del ámbito de su competencia.

Precisamente, conforme a lo anterior, el Ministerio de Protección Social expidió el Decreto 4444 de 2006, mediante el cual hizo un trabajo mayoritariamente recopilatorio de lo establecido en la Sentencia C-355 de 2006.

En dicha ocasión, tal y como sucede ahora, se debatió arduamente la posibilidad de que el Gobierno Nacional por medio del Ministerio se estuviera extralimitando en sus funciones al ejercer la función reglamentaria respecto de una sentencia y en ausencia de ley alguna que lo faculte.

En efecto, fue esta misma Corporación quien mediante Sentencia del 13 de marzo de 2013, declaró la nulidad del Decreto 4444 de 2006, optando así por reconocer la tesis de quienes sostenían que se estaba reglamentando una sentencia ante la ausencia de ley alguna sobre la cual se estuviera ejerciendo dicha labor. Frente a esto último, vale la pena señalar que, el Decreto 4444 de 2006 sí contenía las leyes sobre las cuales el Gobierno Nacional estaba ejerciendo su potestad reglamentaria,

¹²⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Radicado 11001 0324 000 2015 00367 00. (10, marzo, 2016). 12 p. Bogotá D.C. [Citado en: 31 marzo 2017].

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

que no eran otras sino el artículo 1 de la Ley 10 de 1993, los artículos 154 y 227 de la Ley 100 de 1993, y 42 de la Ley 715 de 2001, todas ellas las cuales, habilitaban al Gobierno Nacional para reglamentar de manera general las condiciones de acceso y calidad al sistema de salud.

Sin embargo, lo que no tuvo en cuenta el Honorable Consejo de Estado en el contenido de su sentencia, fue lo relacionado con las implicaciones que la declaratoria de nulidad conllevaba, pues por algún tiempo se iban a dejar desprotegidas a las mujeres que pretendían ejercer la interrupción voluntaria del embarazo. Lo anterior, pues incluso a pesar de la existencia autónoma de la Sentencia C-355 de 2006, los operadores de salud continuaban exigiendo requisitos adicionales a las mujeres para practicar el aborto, así como también, seguían haciendo un uso erróneo del derecho a la objeción de conciencia.

De igual modo, olvidó el Consejo de Estado que la Corte Constitucional en un apartado de las consideraciones de la Sentencia C-355 de 2006 señaló que

Ahora bien, el que no sea necesaria, para una inmediata aplicación, una reglamentación de las tres hipótesis anteriormente determinadas como no constitutivas del delito de aborto, no impide que el legislador o el regulador en el ámbito de la seguridad social en salud, en cumplimiento de sus deberes y dentro de las respectivas órbitas de competencia, adopten decisiones respetuosas de los derechos constitucionales de las mujeres, como por ejemplo, aquellas encaminadas a regular su goce efectivo en condiciones de igualdad y de seguridad dentro del sistema de seguridad social en salud¹²⁸. (Subraya fuera de texto).

Lo anterior, evidencia que fue la misma Corte quien fijó el estándar de adoptar, si lo considerasen, decisiones respetuosas de los derechos constitucionales de las mujeres, y pone como ejemplo, las decisiones encaminadas a regular el goce efectivo en condiciones de igualdad y seguridad dentro del sistema de salud.

De esta manera, se pone de presente que lo que le interesaba a la Corte Constitucional estaba relacionado también con la garantía de la especial protección constitucional de las mujeres.

Ahora bien, en época más reciente, este mismo debate con respecto a la posibilidad de reglamentar sentencias de la Corte Constitucional, ocurrió también cuando en cumplimiento de la Sentencia T-478 de 2015 el Ministerio de Educación Nacional puso en marcha la implementación efectiva del Sistema Nacional de Convivencia Escolar, con la consecuente implementación de una serie de medidas para garantizar dicho sistema, tales como la implementación de un programa para el desarrollo de competencias ciudadanas, la educación para el ejercicio de los derechos humanos –en particular el derecho a la identidad sexual- e incorporar los

¹²⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-355 de 2006. (10, mayo, 2006). [Citado en 2 marzo de 2017]. Bogotá D.C. Disponible en internet: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>>.

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

de manera expresa en los proyectos educativos institucionales de todos los colegios del país, así como también una revisión extensiva de todos los manuales de convivencia del país para que estos fueran respetuosos de la orientación sexual y la identidad de género de todos los estudiantes.

Aquí, a diferencia de la Sentencia C-355 de 2006, la Corte Constitucional sí profirió órdenes, en este caso al Ministerio de Educación Nacional, que se encontraban contenidas en la parte resolutive de la sentencia.

Sin embargo, a pesar de esta diferenciación, los cuestionamientos de un sector de la opinión pública no se hicieron esperar, pues a consideración de aquellos, el Ministerio no podía implementar este tipo de políticas públicas por corresponderle funcionalmente al Congreso de la República la realización de las mismas. No obstante, lo que la gran mayoría desconoció en su momento, era que la realización de dichas políticas públicas, estaban ordenadas por la Corte Constitucional.

En este caso, también se estaba en presencia de la aplicación de la figura de especial protección constitucional por tratarse de un menor de edad homosexual víctima de discriminación por orientación sexual y lo que se pretendía era implementar una política pública en el sector educativo tendiente a la protección de este grupo poblacional.

Ahora bien, si se observan ambos casos en conjunto, se obtiene que:

1. Ambos recaen sobre sujetos de especial protección constitucional.
2. A pesar de que uno contiene órdenes específicas dirigidas a una entidad gubernamental y el otro no, ambos dejan a disposición de la entidad estatal la aplicación del fallo según su competencia.

De conformidad con lo anterior, se tiene que el Decreto 1227 de 2015 también reglamenta la protección de los derechos de minorías de especial protección constitucional, más aún si se tiene en cuenta que las personas trans son las que mayor discriminación sufren en razón a su identidad de género diversa, incluso del dentro del mismo colectivo LGBTI.

Por su parte, la Sentencia T-063 de 2015 a pesar de no contener ninguna orden dirigida en este caso a los Ministerios de Justicia y del Derecho, sí sentó un precedente constitucional lo suficientemente importante en el avance de la lucha por los derechos de las personas trans, situación que no puede ser desconocida por una entidad estatal interesada en la protección real y efectiva de los derechos de todas y todos sus ciudadanos.

En tal sentido, antes de reprochar una actuación como la de los ministerios, de citar dentro de sus consideraciones en la expedición del decreto, fragmentos de una sentencia que reconoce derechos humanos a personas trans, esta situación nos

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

pone de presente, cada vez más, la constitucionalización de las a veces rígidas figuras del derecho administrativo.

II. La protección de los derechos humanos de personas de especial protección constitucional

Las Sentencias C-355 de 2006 y la T-478 de 2015, tienen en común además de lo expuesto en el acápite anterior, de que ambas tienen como sujetos de la controversia a personas de especial protección constitucional, como lo son las mujeres, menores de edad y personas LGBTI.

Lo anterior, debido a que las personas antes descritas, históricamente han pertenecido a grupos marginados y en condiciones desiguales y desfavorables frente al resto de la población. En efecto, el numeral 1 del artículo 13 de la Constitución Política de Colombia enlista una serie de criterios sobre los cuales está prohibido discriminar.

Señala la Corte Constitucional que “estos motivos o criterios que en la Constitución se enuncian, aunque no en forma taxativa, aluden a aquellas categorías que se consideran *sospechosas*, pues su uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a subvalorar y a colocar en situaciones de desventaja a ciertas personas o grupos, vrg. mujeres, negros, homosexuales, indígenas, entre otros”¹²⁹. (Subrayas fuera de texto).

Así, los criterios sospechosos de discriminación

son, en últimas, categorías que "(i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, *per se*, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.”¹³⁰

De esta manera, surge en cabeza del Estado “el deber especial de protección, el cual implica la obligación de salvaguardar a los grupos minoritarios –o tradicionalmente discriminados- de actuaciones o prácticas de terceros que creen, mantengan o favorezcan situaciones discriminatorias”¹³¹.

¹²⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-371 de 2000. (29, marzo, 2000). [Citado en: 31 marzo de 2017]. Disponible en internet:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2000/C-371-00.htm#_ftnref14>

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-248 de 2012. (26, marzo, 2012). [Citado en: 31 de marzo de 2017]. Bogotá D.C. Disponible en internet:

<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-248-12.htm>>

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

De conformidad con lo anterior, se tiene entonces que las sentencias antes mencionadas, se pronunciaron sobre personas de especial protección constitucional, lo cual refuerza la idea de que las actuaciones del Ministerio Protección Social de un lado y el Ministerio de Educación Nacional por el otro, estaban obligados a salvaguardar los derechos involucrados en cada caso.

Así, no resulta ilógico que, en cada uno de los casos, las entidades hayan actuado buscando en últimas la protección efectiva de los derechos, relegando a un segundo plano las formas para ello y trasladándonos al plano de la constitucionalización del derecho administrativo y la plena vigencia de los derechos humanos.

iii) La doctrina de la constitucionalización del derecho administrativo

La rama del derecho administrativo, como cualquier otra, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, vio alterada su sistema de fuentes, en tanto ya no exclusivamente iba a ser la Ley la que habilitaría, la actuación de la administración, sino la Constitución Política, siempre y cuando la administración actuara conforme los fines esenciales del Estado, consagrados en el artículo 2 de la Constitución y dentro de los cuales se encuentran la garantía de los derechos de las personas consagrados en la norma de normas, según palabras del artículo 4 del mismo texto constitucional.

Así, a partir la expedición de la Constitución, todas las actuaciones de la administración pública ya no solo deberían ser conformes a la ley, sino sobre todo a los preceptos constitucionales.

Ahora bien, la aplicación de las normas constitucionales, no solo se ha efectuado directamente a partir clausulado de la Constitución Política, sino también, a partir de un nuevo fenómeno jurídico que tuvo su origen también con la expedición de la Carta Política, como lo es, a partir de lo preceptuado por la Corte Constitucional en sus sentencias de tutela y de constitucionalidad, como único órgano autorizado de interpretación de la Constitución y máximo órgano de cierre judicial.

En atención a lo anterior, ha sido reiterado que la Corte Constitucional, haya proferido órdenes a entidades del Estado, para la realización de políticas públicas, que tengan como objetivo el cumplimiento de la ley y la protección de los derechos fundamentales vulnerados.

Incluso, se ha dado el evento, en el que, como en el caso que nos compete, la administración ha actuado conforme los parámetros constitucionales señalados en las sentencias de la Corte Constitucional, sin que ésta haya proferido órdenes específicas en tal sentido.

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

Como es de esperarse, dentro de las formas de actuación de la administración, la más utilizada es el acto administrativo. Éste, no solo debe observar los requisitos para su existencia y su validez, sino también, debe motivarse y utilizarse para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, dentro de los cuales se encuentra la realización de los derechos constitucionales de las personas.

Así, como en el caso bajo estudio, la administración ha fundamentado su actuación con base a parámetros constitucionales establecidos por la propia Corte Constitucional, situación que ha sido objeto de cuestionamientos por quienes señalan que en tales ocasiones la administración está reglamentando sentencias de la Corte Constitucional, o que la administración está actuando por fuera de su potestad reglamentaria contenida en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política.

En el caso bajo estudio, en donde precisamente se señalan como argumentos por parte del accionante, los relacionados anteriormente, debe señalarse que los mismos son absolutamente errados, en atención a que la administración no está reglamentando sentencias y su facultad reglamentaria sí la está ejerciendo, pero respecto del Decreto Ley 1260 de 1970.

En efecto, se equivoca el accionante cuando soporta el argumento de que existe y se debe aplicar reserva de ley, que supuestamente recae sobre el tema relacionado con el cambio del componente sexo en el registro del estado civil. Debe señalarse que, el Decreto Ley 1260 de 1970, como su nombre lo indica, es una norma de carácter legislativo, que, conforme lo señala el artículo 189 numeral 11 de la constitución, es susceptible de ser reglamentada por el Presidente de la República.

En específico, el Presidente de la República, actuando conforme a los fines esenciales del Estado, no podía hacer diferente sino a garantizar la protección de los derechos de personas de especial protección constitucional y de especial vulnerabilidad como lo son las personas Trans.

Al respecto, pretender trasladar al Congreso de la República la competencia para determinar el cambio del componente sexo, va en contravía del principio según el cual los derechos fundamentales de grupos poblacionales minoritarios no pueden ser decididos por las mayorías, que en este caso, sería el Congreso de la República como órgano de representación mayoritaria.

Este es precisamente, uno de los argumentos por los cuales el derecho administrativo constitucionalizado surge como una herramienta idónea y eficaz, para proteger los derechos de las ciudadanas y ciudadanos, en tanto al Congreso de la República le escapa de sus competencias disponer de derechos fundamentales de personas de especial protección constitucional pertenecientes a grupos poblacionales minoritarios. En cambio, le resulta a la administración, siempre y cuando disponga de dichos derechos acorde con los postulados universales de los derechos humanos, más fácil y oportuna la protección de estas personas.

El uso de la potestad reglamentaria para el desarrollo de consideraciones y la implementación de órdenes de la Corte Constitucional

De esta forma, se tiene que con la actuación de la administración, por medio del Decreto 1227 de 2015, los Ministerios actuaron no sólo de conformidad con la ley, sino también de conformidad con la protección constitucional que deben ejercer respecto de grupos minoritarios, fundamentándose en parámetros establecidos por la Corte Constitucional en su Sentencia T-063 de 2015.

De este modo, como ya se ha señalado, si en lo que se debe basar la administración en sus actuaciones, es actuar de conformidad con la Constitución Política como norma de normas que impera en el derecho administrativo, y la Constitución precisamente es interpretada y desarrollada por la Corte Constitucional como su único órgano de interpretación autorizado, a través de sus sentencias, ¿por qué encontrarían una limitación los ministerios a la hora de fundamentar sus actuaciones precisamente en parámetros constitucionales establecidos por la propia Corte Constitucional?

iv) Petición

En mérito de lo expuesto, me permito realizar la siguiente petición al Honorable Consejo de Estado:

PRIMERA. – Que se declare la validez del Decreto 1227 de 2015.

SEGUNDA. – Que se declare que el Decreto 1227 de 2015 fue expedido en virtud de la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional, derivada del Decreto Ley 1260 de 1970.

TERCERA. – Que se declare que las entidades estatales, pueden fundamentar sus actos, conforme a los postulados constitucionales establecidos en Sentencias de la Corte Constitucional.

v) Notificaciones

Recibiré notificaciones en la Calle 116 # 11 – 35 Apartamento 301 de la ciudad de Bogotá D.C., o en la dirección de correo electrónico mariaubajoa@gmail.com.

Teléfonos: 6198670 o 3114524260

Cordialmente,

MARÍA ALEJANDRA MEDINA UBAJOA
C.C. 1.081.412.124