



**CONSEJO DE
ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA**

Bogotá, D.C., 09 AGO 2019

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD
Radicación: 11001-03-24-000-2016-00379-00
Demandante: HERNANDO SALCEDO TAMAYO
Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Tema: Directiva de la Fiscalía General de la Nación. Criterios para investigación y juzgamiento que deben seguir los Fiscales para investigación del delito de aborto. Interrupción voluntaria del embarazo.

Auto que resuelve suspensión provisional

El Despacho procede a resolver la solicitud de medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos jurídicos de la Directiva No. 006 de 27 de marzo de 2016, «*por medio de la cual se adoptan directrices para la investigación y juzgamiento del delito de aborto*», expedida por el Fiscal General de la Nación.

I.- Antecedentes

1.- La demanda

El señor **Hernando Salcedo Tamayo**, actuando en nombre propio, y en ejercicio del medio de control de que trata el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, presentó demanda ante esta Corporación, tendiente a obtener la declaratoria de nulidad de la Directiva No. 006 de 27 de marzo de 2016, «*por medio de la cual se adoptan directrices para la investigación y juzgamiento del delito de aborto*», expedida por el Fiscal General de la Nación.

2.- Solicitud de suspensión provisional

Solicitó, igualmente, la suspensión provisional de la Directiva No. 006 de 27 de marzo de 2016 – en su totalidad – y, subsidiariamente, la suspensión provisional de los numerales 3°, 4°, 7°, 18, 20, 23, 26 del acápite denominado «*DECISIONES ADOPTADAS*» y de los numerales 2°, 4°, 6°, 17, 18 y 22 del acápite denominado «*CONCLUSIONES*», en caso de que no se acceda a la suspensión de la totalidad del acto acusado, exponiendo los siguientes argumentos:

2.1.- Manifestó que el Fiscal General de la Nación carecía de competencia para reglamentar una sentencia de la Corte Constitucional, con lo que se trasgreden los artículos 189 numeral 11° de la Carta Política y el artículo 171 numeral 1° de la Ley 100 de 1993.

Mencionó, para el efecto, que la sentencia de 13 de marzo de 2013, proferida por esta Corporación, en el expediente 110010324000 2008 00256 00, en la cual se decretó la nulidad del Decreto 4444 de 2006, en tanto el acto acusado pretendió reglamentar una sentencia.

Señaló – en forma confusa – que el Fiscal General de la Nación no tenía competencia para interpretar, reglamentar y fijar los alcances de las sentencias de la Corte Constitucional y actuar como constituyente y legislador.

Concluyó que con la expedición del acto acusado también se incurrió en violación, además de los artículos 1°, 4°, 6°, 29, 121 y 250 de la Carta Política.

2.2.- Subrayó que el Fiscal General de la Nación despenalizó el delito de aborto, a través del acto acusado, al reglamentar el principio de oportunidad, incluyendo causales para interrumpir voluntariamente el embarazo que no se encuentran establecidas en la Sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional, además de ampliar otras, y reitera que reglamentó la citada sentencia mediante el principio de oportunidad.

2.3.- Estimó que el Fiscal General de la Nación carecía de competencia para modificar el artículo 11 de la Constitución Política que establece que la vida es inviolable, como en efecto considera que lo hizo por medio del acto enjuiciado, lo cual solo es viable a través de una reforma de la Carta Política. Agrega que tampoco puede actuar como legislador positivo al pretender reglamentar este derecho, lo cual es potestad del Congreso de la República.

2.4.- Afirmó que la directiva enjuiciada asumía competencias de los fiscales y de los jueces, quienes, en su concepto, son autónomos en sus decisiones, para presionarlos a adoptar decisiones manifiestamente inconstitucionales e ilegales, pretendiendo despenalizar el delito de aborto por medio de un acto administrativo.

2.5.- Indicó que el acto acusado violó los artículos 6°, 116, 121, 221 y 250 de la Carta Política puesto que el Fiscal General de la Nación, al expedirlo, omitió el deber de coordinación «[...] con los funcionarios que representarán la justicia [...]», conforme lo exige el artículo 6° de la Ley 489 de 1998, lo que permite concluir que el acto fue expedido irregularmente.

2.6.- Explicó que con la expedición de la directiva cuestionada se violaron los artículos 6, 29, 116, 221, 228 y 250 de la Carta Política puesto que:

«[...] el Fiscal General de la Nación se arrogó, como propia, una función que correspondía a todos los Fiscales de la entidad que aquel representa. Al respecto se pone de relieve que como lo precisa la Constitución Política, la Fiscalía General de la Nación, es un órgano que tiene a su cargo la función pública de administrar justicia y, en virtud del organismo, estos últimos en desarrollo del principio de la desconcentración de funciones, también tienen a su cargo la referida atribución; competencia ésta que se ejerce de manera directa, y con las características de autonomía; e independencia propias de la especificidad de tal función [...] Como puede apreciarse, el Fiscal General de la Nación asumió como propia, una competencia que, por ser desconcentrada, es del resorte de los Fiscales en general, como servidores públicos que administran justicia; y que, por ende, tienen competencias para ejercer sus roles funcionales con autonomía e independencia [...]».

2.7.- Destacó, igualmente, que se violaron otras normas constitucionales por la directiva enjuiciada, señalando los artículos 11, 12, 18, 19, 44, 48, 49, 90,

91, 93, 114, 150 – numerales 1, 2 y 8 –, 152, 209 y 211 de la Constitución Política, así:

2.7.1.- Violó el artículo 11 de la Carta Política – inviolabilidad del derecho a la vida – puesto que el constituyente y la Corte Constitucional han cerrado el paso a la implantación del «[...] aborto y cualquier otro sistema de eliminación de las personas que es la que reglamenta el Ministerio en forma sesgada [...]» siendo el derecho a la vida inviolable y «[...] además se deduce del mismo artículo que la vida comienza desde la concepción y la protección va hasta la muerte natural y se amenaza claramente el derecho a la vida [...]».

2.7.2.- Trasgredió el artículo 12 de la Constitución Política – proscripción de desaparición forzada, torturas, tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes – porque promueve el uso de métodos crueles, inhumanos y degradantes al permitir la muerte de miles de niños inocentes:

«[...] para que no salga costosa a las entidades de salud [...] constituyendo la instrumentalización de la vida como un valor relativo desechable como un fusible cuando la ciencia ha avanzado tanto para paliar el dolor y no entiende uno como la FISCALÍA que debe proteger la vida hace lo contrario no hace ni hizo esta grave advertencia de las consecuencia que el mismo estado ha advertido movido por una orden nefasta e inocuo e incluso sin competencia de la Corte para ello en una rapidez inusitada que no entiende uno porque no tuvo en cuenta esta circunstancia grave para causarle graves daños [...]».

2.7.3.- Desconoció el artículo 18 de la Carta Política – libertad de conciencia – toda vez que la directiva no establece si los médicos y los fiscales pueden invocar la objeción de conciencia y en qué forma, ni tampoco es clara. Anota que:

«[...] como en Colombia hay muchas instituciones que no tienen ni tendrán ningún médico para practicar EL ABORTO cuando atente contra sus principios, éticos y religiosos en especial claramente protegidos y de su juramento hipocrático de que velarán por la vida de los pacientes en primer lugar y asimila a todos los médicos guardando silencio como si fuera obligatorio para los mismos proceder en contra de su conciencia que les prohíbe matar y no es clara y no se les puede obligar [...]».

2.7.4.- Quebrantó el artículo 19 de la Constitución Política – libertad de cultos – en la medida en que:

«[...] no permite ese acompañamiento espiritual cuando la inmensa mayoría profesa la religión cristiana CATÓLICA simplemente lo dice pero no dice como toda vez que no permite a los médicos ni al personal hospitalario pedir y solicitar la protección de su religión que le prohíbe en todos los casos proceder a asesinar inocentes y pretender hacer cómplices de las entidades de salud que eliminaran con toda la frecuencia del caso COMO HA SUCEDIDO EN TODOS LOS PAÍSES EN DONDE SE HA ESTABLECIDO EL ABORTO O ASESINATO DE NIÑOS que las personas dejan de acudir a las personas dejan de acudir a las entidades públicas y acudan a las privadas e incluso a otros países que ya se dieron cuenta que el tal FALSO DERECHO FUNDAMENTAL no existe en Colombia y es solo un mero ejercicio intelectual de la corte y no permite que jueces y fiscales también tengan ese derecho [...]».

2.7.5.- Infringió el artículo 44 de la Carta Política – derechos fundamentales de los niños – puesto que la directiva resulta ser una despenalización oculta del aborto y desconoce que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, atentándose en contra de su integridad que está protegida, en su concepto, desde la concepción.

2.7.6.- Conculcó el artículo 48 de la Constitución Política – derecho a la seguridad social – pues los recursos de la seguridad social se están utilizando, en su concepto, para *«[...] fines de homicidios en donde el estado actúa como verdugo y para causar graves daños en la vida y salud de clara protección constitucional solo para favorecer intereses de grandes compañías que envuelven sus intereses con falsos derechos de dudosa aplicación y celebran grandes contratos con el mismo estado que tiene en primer lugar como obligación principal garantizar la vida como derecho primordial fundamental [...]».*

2.7.7.- Vulneró el artículo 49 de la Carta Política – la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado – puesto que el Estado no está garantizando una protección y recuperación de la salud y, por el contrario, está promoviendo que los niños, en particular, sufran grandes daños en su vida y salud porque *«[...] se ASESINA SERES VIVOS [...]»*, lo cual traerá consigo numerosas demandas porque está permitiendo que el

mismo Estado viole el ordenamiento constitucional y legal por vía del «[...] *asesinato para garantizar un derecho falso [...]»*.

2.7.8.- Violó el artículo 90 de la Constitución Política – responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos – toda vez que, insiste, el Estado se verá abocado a enfrentar múltiples demandas por permitir, «[...] *por intermedio de ESA DIRECTIVA ASESINA [...]»*, por autorizar una reglamentación que causa graves daños a la vida y salud.

2.7.9.- Violó el artículo 91 de la Carta Política toda vez que la directiva enjuiciada está amenazando la vida de niños concebidos, lo cual constituye una infracción de mandatos constitucionales - la vida y la salud –.

2.7.10.- Trascendió el artículo 93 de la Constitución Política en la medida en que, en su concepto, todos los tratados suscritos por Colombia establecen la protección del «*nasciturus*» desde la concepción sin excepción hasta la muerte natural y lo que hizo la norma enjuiciada fue «[...] *torcerle el cuello a dichos tratados al hacerlos decir cosas que no son y además todos los demás organismos simplemente hacen recomendaciones pero dejan a los países en libertad para determinar la protección de la vida y que concuerda con nuestro ordenamiento legal [...]»*.

2.7.11.- Desconoció el artículo 114 de la Carta Política toda vez que la Fiscalía General de la Nación, al expedir la directiva acusada, está ejerciendo una función que no le corresponde, despenalizando el aborto y estableciendo su uso indiscriminado, asumiendo facultades propias del constituyente, puesto que está cambiando la Constitución Política que señala que la vida es inviolable.

2.7.12.- Quebrantó los artículos 150 – numerales 1°, 2° y 8° – y 152 de la Constitución Política porque, insiste, está despenalizado en la práctica el aborto sin contar con la facultad de interpretar, reformar o derogar leyes, la cual le corresponde al Congreso de la República.

2.7.13.- Infringió el artículo 209 de la Carta Política – principios de la función administrativa – ya que, reitera, la directiva pretende la despenalización del aborto, atentando gravemente contra la moral pública:

«[...] y colocando principios falsos morales arropada con supuestos derechos eufemísticos que en la práctica no es sino permitir el asesinato masivo de un número considerable de personas DESECHABLES DE LAS EPS eso no importa vayan a los hospitales públicos que el Estado les suministra la droga para matarlos sin tener registros y autorizaciones dadas [...] La fiscalía (sic) no coordino y como se abrogó competencias no tuvo en cuenta (sic) y se hizo el de la vista gorda como se dice popularmente pero actuando en forma ilegal y con dolo porque sabía o debía saber porque sabe de los graves daños que puede producir [...]».

2.7.14.- Conculcó el artículo 211 de la Constitución Política en la medida en que, insiste, la Fiscalía General de la Nación asumió una competencia para reglamentar el aborto amenazando la vida, desarrollando lo que, en su concepto, es un falso derecho. Agrega que:

«[...] Es un acto administrativo que busca hacer que este servicio sea obligatorio (iv) (sic) Que la prestación de servicios se financie públicamente con los recursos del Plan Obligatorio de salud en el régimen subsidiado y en el régimen contributivo. También atenta contra el derecho a la igualdad y cercena el derecho fundamental de la objeción de conciencia por que permite con mi dinero y sin contar con mi autorización se utilice para asesinar personas indefensas a personas que como yo somos próvida (sic) y no estamos de acuerdo en que se eleve al derecho fundamental en el que ella actúa como asesina y verdugo de su propio derecho fundamental de la vida [...]».

2.8.- Indicó que la Fiscalía General de la Nación violó los tratados internacionales que protegen la vida desde la concepción, señalando que:

«[...] como si fuera poco está permitiendo el asesinato indiscriminado en todas las circunstancias a estos sino que permite en cualquier caso para que pueda ser autorizado [...] se infieren (sic) que en el ordenamiento jurídico y en el Derecho Internacional no emanaba ninguna obligación internacional de implantar la eutanasia por una CORTE CONSTITUCIONAL Y MENOS REGLAMENTARLA POR LA FISCALÍA SIN EXISTIR LEY, menos aún contenida en alguna fuente que pudiera considerarse constitutiva del bloque de constitucionalidad, y que ni siquiera era claro que de las instancias internacionales emanaran pautas relevantes en tal sentido. Antes bien, entienden que los tratados

internacionales de derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad expresamente reconocen a la vida de todos los seres humanos desde el momento mismo de la concepción hasta la muerte natural [...]

Citó en extenso el salvamento de voto a la Sentencia C-355 de 2006, en la que los magistrados disidentes señalaron que la tesis expuesta por la mayoría desconocía los artículos 3° y 6° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; los artículos 1° y 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y los artículos 1° y 6° de la Declaración de los Derechos del Niño, en la medida en que de aquellos instrumentos no emanaba ninguna obligación internacional de despenalizar el aborto o limitar otro derecho como la vida.

3.- Traslado de la solicitud de medida cautelar

De la solicitud de suspensión provisional se corrió traslado a la Nación – Fiscalía General de la Nación y a los coadyuvantes de la parte demanda¹.

3.1.- El apoderado judicial de la Fiscalía General de la Nación² indicó que el Decreto Ley 016 de 2014, le asigna al Fiscal General la función de formular y adoptar las políticas, directrices y lineamientos para el cumplimiento de sus atribuciones, así como para asegurar el ejercicio eficiente y coherente de la acción penal, las cuales en desarrollo de los principios de unidad de gestión y jerarquía, son vinculantes y de aplicación obligatoria para todas las dependencias de la entidad.

Puso de presente que las directivas expedidas por el Fiscal General de la Nación están encaminadas a orientar, de forma igualitaria, el ejercicio de la acción penal por parte de los fiscales; agregó que en caso de que el fiscal del caso considere que debe apartarse de la directiva respectiva, debe comunicarlo a su jefe inmediato para el respectivo análisis del comité técnico jurídico.

En relación con la Directiva 0006 de 27 de marzo de 2016, manifestó que se expidió con fundamento en lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 251 de la

¹ Folios 26 y 54 del cuaderno de medida cautelar.

² Folios 33 a 44 del cuaderno de medida cautelar.

Constitución Política y en el numeral 1º del artículo 4 del decreto Ley 016 de 2014, estableciendo los criterios que deben seguir los fiscales para la investigación y juzgamiento de los casos que traten sobre la comisión del delito de aborto.

Puntualizó que la Directiva no conlleva la despenalización del aborto ni obliga a los fiscales a aplicar el principio de oportunidad en todos los casos, sino que sugiere que se analice si resulta procedente la aplicación de esta herramienta de política criminal, prevista en el ordenamiento jurídico.

Resaltó que para la aplicación del principio de oportunidad se debe establecer la configuración de alguna de las causales determinadas en la ley, así como realizar un juicio de proporcionalidad que demuestre la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la misma.

Sostuvo que el precedente que declaró la suspensión provisional del Decreto 4444 de 2006 es inaplicable al presente caso toda vez que: i) tiene fundamentos normativos disímiles, en tanto que la Directiva se basa en la Constitución y la Ley, mientras que el Decreto se expidió en el ejercicio de la facultad reglamentaria del Gobierno Nacional; ii) el Decreto iba dirigido a las EPS mientras que la Directiva es para las dependencias de la Fiscalía General de la Nación; iii) el Fiscal General podía expedir una Directiva tras la sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional, sin necesidad que se expidiera una ley posterior.

3.2.- Los coadyuvantes Women´s Link WorldWide y la señora Ana María Méndez recorrieron el traslado de la medida cautelar fuera del término. Los demás coadyuvantes guardaron silencio³.

II. Consideraciones

II.1. Norma acusada

La disposición enjuiciada consiste en Directiva No. 006 de 27 de marzo de 2016, «*por medio de la cual se adoptan directrices para la investigación y juzgamiento del delito de aborto*», expedida por el Fiscal General de la Nación,

³ Folio 83 del cuaderno de medida cautelar.

en los acápites pertinentes para efectos de resolver la solicitud que nos ocupa, es del siguiente tenor:

«[...] Directiva No. 0006

"Por medio de la cual se adoptan directrices para la investigación y juzgamiento del delito de aborto"

I. CONTENIDO Y DECISIONES.

A. CONTENIDO.

La presente directiva establece los criterios que deben seguir los fiscales para la investigación y el juzgamiento de los casos que traten sobre la posible comisión del delito de aborto, tipificado en el artículo 122 del Código Penal. Con esta finalidad, en primer lugar, se harán algunas consideraciones para demostrar que el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo (en adelante IVE) es un derecho fundamental de las mujeres y niñas. Dicho derecho, en el caso colombiano está limitado a tres causales que fueron despenalizadas por la Corte Constitucional y serán desarrolladas a lo largo del documento.

En el primer apartado, se retomarán argumentos formulados por importantes teóricas y algunas corrientes feministas que defienden el acceso a la IVE, porque constituye una de las principales formas de garantizar la autonomía sexual de las mujeres, que tradicionalmente ha intentado ser controlada por la familia, el Estado y en general la sociedad. Así, poder decidir sobre su cuerpo reafirma la calidad de sujeto de derechos de las mujeres e impacta positivamente su participación en los asuntos públicos del Estado.

En segundo lugar, se hará alusión al precedente sentado por la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006, de acuerdo con el cual utilizar el derecho penal, bajo cualquier circunstancia, como un instrumento para obligarlas a continuar con la gestación es una injerencia ilegítima por parte del Estado. Por esa razón, judicializar el aborto en todos los casos contraria la dignidad y autonomía de las mujeres, especialmente cuando, para citar un ejemplo representa un riesgo para su salud física y/o mental.

En tercer lugar, la directiva retomara lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006, de acuerdo con la cual la IVE no puede ser penalizada en Colombia en los siguientes tres casos: "cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer (...)" (ii) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida (...); 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 ovulo fecundado no consentidas o de incesto. Allí se desarrollará el alcance y contenido de las tres causales.

El documento también se ocupará de explicar las reglas establecidas por la Corte Constitucional para el acceso a la IVE, especialmente lo referente a los requisitos que pueden ser exigidos a las mujeres. De conformidad con esto, se sostendrá que frente a las dos primeras causales (el riesgo para la vida o la salud de la mujer y la existencia de malformaciones del feto) los fiscales únicamente podrán solicitar un certificado médico. Así, debe entenderse que, cuando se trate de afectaciones a la salud mental, también se aceptaran los conceptos suscritos por psicólogos o psicólogas, pues la jurisprudencia constitucional ha reiterado que la Ley 1090 de 2006 les reconoce el estatus de profesionales de la salud.

Por otra parte, en relación con la tercera causal (acceso carnal violento, entre otros delitos) los fiscales deberán verificar en los sistemas misionales de la Entidad que existe una denuncia penal por las conductas punibles que dieron lugar a la configuración de la causal. En caso de que la mujer no haya puesto el hecho de violencia sexual en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación, el fiscal no puede exigirle a la mujer que interponga la denuncia, sino que deberá iniciar la investigación penal de oficio. Todo esto, bajo el entendido de que cualquier solicitud adicional representa una violación a los derechos de las mujeres, especialmente al derecho a la IVE que ha sido reafirmado por la Corte Constitucional de conformidad con los tres supuestos señalados durante la presente directiva.

La directiva establecerá también ciertos criterios en relación con la manera en la que los fiscales deben abordar los casos de mujeres en situación de discapacidad. Lo anterior, atendiendo a que son sujetos de protección constitucional reforzada como consecuencia de los mandatos de igualdad ante la ley, prohibición de discriminación y promoción y protección de grupos tradicionalmente discriminados.

En cuarto lugar, la directiva abordará la garantía del derecho a la intimidad que debe orientar el proceso penal cuando se investiga la presunta comisión del delito de aborto. Dicho tema es de especial importancia, por cuanto la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en sostener que "la decisión de una mujer de interrumpir voluntariamente su embarazo. En las condiciones de la sentencia C-355 de 2006- pertenece a la esfera íntima o privada y, en consecuencia, no se trata de un asunto de interés público o general.

En tales circunstancias, existen consideraciones específicas frente a la realización de audiencias, el uso de seudónimos e iniciales en los procesos, entre otros aspectos orientados a preservar los derechos de las mujeres, niñas y adolescentes.

Además, cuando se trata de casos que involucran la historia clínica de la mujer el deber de reserva es mayor, ya que es claro que "las personas tienen derecho a mantener en reserva la información relativa a su estado de salud. Por esa razón, existen "instituciones como la inviolabilidad del secreto médico y de la historia clínica".

En quinto lugar, la directiva reitera que el secreto profesional se encuentra protegido directamente por el artículo 74 de la Constitución Política, lo cual genera que "no sea siquiera optativo para el profesional vinculado por el revelarlo o abstenerse de hacerlo. Esto implica que los fiscales no deben presentar ante el juez medios de prueba que son ilegales por provenir, por ejemplo, de una denuncia hecha por el médico que atendió a una mujer después de haberse practicado un aborto.

Por último, esta directiva señala que una vez se hayan verificado los requisitos para probar que la IVE se enmarca dentro de alguna de las tres causales avaladas por la Corte Constitucional, podrá proceder la decisión de inadmisión de la denuncia. No obstante, en aquellos eventos en los cuales a la fecha de expedición del presente documento ya se hubieren realizado imputaciones o incluso audiencias posteriores de circunstancias fácticas que se enmarquen dentro de lo descrito aquí, los fiscales podrán evaluar la posibilidad de archivar la investigación o solicitar su preclusión. También podrán acudir a mecanismos de terminación anticipada del proceso como el principio de oportunidad, si el hecho no se enmarca dentro de algunas de las tres hipótesis despenalizadas por la Corte Constitucional.

B. DECISIONES ADOPTADAS.

1. Una vez se tenga conocimiento de la posible comisión del delito de aborto, lo primero que deben hacer los fiscales es verificar si la conducta se enmarca dentro de algunas de las tres causales que fueron despenalizadas por la Corte Constitucional. A saber: (i) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer (...) (ii) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida (...); 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 ovulo fecundado no consentidas, o de incesto".

2. La jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que el acceso a la IVE, en los tres casos despenalizados por la Corte Constitucional es un derecho fundamental de las mujeres y niñas.

3. En aquellos casos en los cuales la IVE se haya practicado porque constituye un riesgo para la vida o la salud de la mujer, únicamente se solicitará un certificado médico. Cuando se trata de afectaciones a la salud mental, dicha certificación también podrá

estar suscrita por un psicólogo o un psiquiatra, que no tiene que estar adscrito a la EPS a la cual la mujer está afiliada.

4. El certificado médico o psicológico bastara como medio de prueba para establecer si se está ante una de las hipótesis de atipicidad del aborto. Solo en caso de que no exista el certificado podrá acudir a cualquier otro documento o actividad investigativa con la cual soportar dicho criterio médico, si es del caso.

5. Los fiscales no deberán emitir ningún juicio de valor sobre el certificado médico o psicológico presentado por la mujer. Las consideraciones sobre si ella sufre o no afectaciones físicas y/o mentales, así como cualquier valoración sobre el estado de salud del feto, son asuntos que le corresponde analizar exclusivamente a los profesionales de la salud.

6. En los casos en los cuales la mujer opto por la IVE debido a las malformaciones del feto que hacían inviable su vida extrauterina, los fiscales únicamente solicitaran un certificado médico que así lo constate.

7. Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas, o de incesto, corresponderá al fiscal verificar que existe una denuncia por estos hechos. En caso de que no exista tal denuncia, el fiscal iniciara la noticia criminal de oficio.

8. Las causales despenalizadas por la Corte Constitucional son autónomas e independientes. Esto quiere decir que los fiscales no deben solicitar los certificados médicos (ya sea de la mujer o del feto) cuando la mujer se encuentre bajo la causal de acceso carnal violento y viceversa. La entrega de alguno de los dos documentos bastara para que se constate que la IVE fue legal.

9. Bajo ninguna circunstancia los fiscales podrán revelar información que viole el derecho a la intimidad de la mujer, niña o adolescente que haya accedido a la IVE. Dentro de los datos que serán reservados se incluye su nombre, documento de identificación, lugar de residencia, números telefónicos, nombres de familiares, hijos, cónyuges o compañeros, instituciones de salud, personal médico que la atendió y su historia chulea.

10. Las mujeres con discapacidad tienen derecho a la reserva de su Identidad en el marco de una investigación penal, en las mismas condiciones que las mujeres sin discapacidad. Esto incluye la reserva de sus datos frente a sus familiares y acompañantes.

11. La reserva judicial en los casos en los cuales se investiga el delito de aborto "se deberá asegurar también a través de la limitación del acceso al expediente a las partes del proceso,

quienes de todos modos deben guardar la misma reserva". Por consiguiente, los fiscales que tengan a su cargo el expediente deberán respetar su carácter reservado.

12. Los fiscales y funcionarios judiciales tomarán todas las medidas necesarias para proteger a las mujeres, niñas y adolescentes de ser expuestas públicamente, o de cualquier situación que les genere afectaciones psicológicas por violación a su derecho a la intimidad.

13. Los fiscales deberán informarle a las mujeres, adolescentes y niñas víctimas de violencia sexual que tienen derecho a la atención de urgencia y a los demás procedimientos en materia de salud (dentro de los cuales se encuentra la asesoría sobre IVE) contemplados en el Protocolo de Atención Integral a las Víctimas de Violencia Sexual Cuando se trate de niñas, y adolescentes el fiscal no podrá exigirle o pedirle que interrumpa su embarazo pues es claro que a pesar de la minoría de edad, ellas son titulares de derechos sexuales y reproductivos. Será voluntariamente, y previo una asesoría idónea, que ellas podrán decidir si interrumpen o no su embarazo.

14. Los fiscales deberán desplegar todas las medidas posibles destinadas a garantizar la comunicación adecuada con las personas con discapacidad que se acerquen a la Fiscalía o que sean sujetas a investigación por el delito de aborto. Dichos ajustes pueden incluir la facilitación de texto en gran formato, la construcción de textos de fácil lectura (redacción en términos sencillos), el uso de pictogramas, la ampliación de los tiempos de entrevista, la búsqueda de espacios que preserven la intimidad de las personas con discapacidad y de intérpretes en lengua de señas colombiana, entre otros.

15. Los fiscales podrán apoyarse en organizaciones gubernamentales y no gubernamentales para solicitar el acompañamiento de intérpretes que faciliten las entrevistas de las personas con discapacidad. Entre las organizaciones gubernamentales a las que pueden pedir apoyo está el Instituto Nacional para Ciegos (INCI) el Instituto Nacional para Sordos (INSOR) la Asociación Colombiana de Sordo Ciegos (SURCODE) y el Centro de Relevó (Ver: Anexo 1).

16. Los fiscales deben preguntarle a la mujer con discapacidad si desea tener acompañante en las audiencias o entrevistas. Esto solo debe permitirse si la mujer así lo manifiesta. En el caso de que la persona comparezca acompañada, se recomienda siempre dirigirse a la persona con discapacidad y no a su acompañante, con el fin de propender por la garantía de su dignidad y autonomía.

17. Los fiscales no siempre deberán hacer presunciones frente a la causal de violencia sexual en personas con discapacidad. La presencia de una discapacidad no necesariamente anula la capacidad de la mujer para consentir relaciones sexuales. Esto

dependerá de cada caso en concreto. Sin embargo, si una mujer con discapacidad o su cuidador (a) manifiesta que fue víctima de violencia sexual, los fiscales deberán iniciar de oficio la noticia criminal.

18. Cuando se trate de personas con discapacidad, los fiscales no deberán hacer presunciones frente a la causal de malformaciones incompatibles con la vida del feto o la causal salud física o mental. La presencia de una discapacidad no necesariamente implica que la mujer este automáticamente bajo alguna de estas dos causales. Para su verificación se deberá contar con los mismos requisitos previstos en esta directiva.

19. Cuando haya niñas o adolescentes involucradas en casos de IVE, los fiscales garantizaran que no se les exponga públicamente ni frente a su agresor. En esas circunstancias, "se utilizará cualquier medio tecnológico y se verificara que (...) [la] niña o adolescente se encuentre acompañada de un profesional especializado".

20. En Colombia no existe ningún límite temporal para la práctica de la IVE que se enmarque dentro de las 3 causales despenalizadas por la Corte Constitucional. Esto quiere decir que, con independencia de la semana gestacional en la que se encuentre la mujer, los fiscales nunca podrán pedir requisitos adicionales a los enunciados en la presente directiva y deberán inadmitir la denuncia.

21. Los fiscales deben abstenerse de practicar entrevistas o solicitar testimonios de profesionales de la salud en los que se indague sobre hechos que son de su conocimiento en razón de su ejercicio profesional, ya que estallan conminándolos a violentar el secreto profesional. Sobre esto, "el Código de Procedimiento Penal señala en el artículo 68 que no están obligados a la denuncia de un delito quien tenga conocimiento de la realización de una conducta punible con ocasión del secreto profesional. De la misma manera, el artículo 385 dispone que no deben rendir testimonio aquellos que tienen noticia de los hechos en razón de su profesión".

22. Los fiscales deben darle instrucciones a los miembros de policía judicial para que, durante la práctica de entrevistas le informen a los profesionales de la salud que no podrán violar el secreto profesional. Al respecto, es importante recordar que tal como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional "esa calidad de inviolable que atribuye la Carta al secreto profesional, determina que no sea siquiera optativo para el profesional vinculado por él, revelarlo o abstenerse de hacerlo. Está obligado a guardarlo".

23. En los casos de mujeres embarazadas que tengan el virus del Zika debe entenderse que pueden solicitar la IVE tras haber sido informadas adecuadamente por el médico de las implicaciones y

riesgos existentes. El acceso a la IVE dependerá de que, debido al padecimiento del virus, su situación se enmarque dentro de alguna de las causales despenalizadas por la Corte Constitucional.

24. En aquellas situaciones en las que se cumpla con los requisitos enunciados anteriormente, es decir, que la práctica de la IVE se enmarque dentro de alguna de las tres causales debidamente probadas, los fiscales inadmitirán el caso por atipicidad de la conducta.

25. En los eventos en los cuales a la fecha de expedición de la presente directiva ya se hubieren realizado imputaciones que se enmarquen dentro de las causales descritas aquí, los fiscales deberán evaluar si precluyen la investigación. En los casos que se encuentren en etapa de acusación o audiencias posteriores, el fiscal podrá solicitar la absolución perentoria de la investigación.

26. En aquellas situaciones en las cuales los hechos no se enmarquen dentro de alguna de las tres hipótesis despenalizadas por la Corte Constitucional, deberá evaluarse la aplicabilidad del principio de oportunidad.

[...]

4. Principio de oportunidad, aborto y política criminal

El artículo 323 de la Ley 906 de 2004 en su inciso segundo define el principio de oportunidad como la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías".

De acuerdo con esta facultad constitucional, aun en los eventos en los cuales el hecho efectivamente ocurrió y configura un delito, la Fiscalía puede renunciar, suspender o interrumpir su persecución con base en (i) razones de política criminal, y (ii) adecuando el comportamiento a una o varias de las causales establecidas en el artículo 324 de la Ley 906 de 2004.

Como se expondrá a continuación, en los casos en los cuales la práctica de la IVE se realice en situaciones que no estén cubiertas por las tres causales establecidas por la Corte Constitucional, y que han sido explicadas a lo largo de esta directiva deberá verificarse si existe algún supuesto que permita la aplicación del principio de oportunidad, en la modalidad de renuncia de la acción penal.

Dicha disposición encuentra su fundamento en las recomendaciones desarrolladas por la Comisión Asesora de

Política Criminal en su informe final "Diagnostico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano" del 12 de junio de 2012. En ese informe, la Comisión señaló que "una política criminal apropiada no solo debe estar enmarcada normativamente y respetar en particular los principios de ultima ratio y no discriminación" sino que también debe 'ser una política adecuada en términos de racionalidad instrumental.

Adicionalmente, el informe sostuvo que si bien en los tratados ratificados por Colombia:

"No existe la obligación expresa de despenalizar el aborto, lo cierto es que los estándares internacionales se orientan a la eliminación de las disposiciones legales y prácticas que impidan el pleno ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos y que generen situaciones discriminatorias".

En este contexto, la Comisión reconoció que la despenalización atiende al estándar constitucional y la señaló como recomendable:

"Puesto que en este campo, la experiencia comparada y los estudios de la realidad colombiana muestran que es mejor, tanto para reducir los abortos como para proteger los derechos de las mujeres, adoptar una perspectiva de salud pública, que combine campanas vigorosas para promover la salud sexual y reproductiva y para prevenir el embarazo no deseado, con una despenalización amplia de la interrupción voluntaria del embarazo, que permita a las mujeres acceder a un aborto seguro en los casos en que tengan legalmente derecho a interrumpir el embarazo" (Subraya fuera del texto).

a) Penalización y discriminación

En el mismo informe, la Comisión explico que la penalización severa no evita los abortos y en cambio genera practicas clandestinas de aborto que afectan la salud de las mujeres, en especial de aquellas más pobres, que son las que sufren más embarazos no deseados y tienen que abortar en las peores condiciones de salubridad". También recalco que en un análisis comparado de datos de países donde existen leyes altamente restrictivas, la penalización del aborto no está asociada a la disminución de las cifras sobre su práctica. De hecho, continuar con su criminalización "hace que estos se realicen en condiciones precarias de clandestinidad".

En ese sentido, la penalización severa, aparte de las consecuencias expuestas anteriormente, es discriminatoria, pues quienes sufren mayoritariamente embarazos no deseados en Colombia y recurren al aborto en condiciones precarias son las mujeres de pocos recursos económicos.

El reconocimiento de la penalización del aborto como factor de discriminación no es nuevo, antecede al informe de la Comisión

Asesora de Política Criminal. Desde el año 2007, un año después de la expedición de la Sentencia C-355, el Ministerio de la Protección Social y la Universidad Nacional de Colombia emitieron el informe "Implicaciones éticas, jurídicas y medicas de la sentencia C-355 de la Corte Constitucional: Un avance para el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de las colombianas" Allí se analizó el aborto desde múltiples dimensiones, reconociendo sus impactos sociales diferenciados, tanto desde la perspectiva de salud pública, como desde una dimensión social, en la que se erige como una forma de injusticia social y como un asunto de derechos humanos.

En este informe se analizó como la penalización del aborto pasa por el reconocimiento de la convergencia de variables de carácter económico educativo, de vivienda rural o urbana, entre otras que generan discriminación sobre las mujeres. Así, quienes son más pobres "por falta de medios o condiciones suficientes se ven obligadas a recurrir a un aborto inseguro, con lo cual se viola el principio de justicia e igualdad".

La realización del procedimiento de aborto en condiciones precarias es una consecuencia directa de la ilegalidad y de la clandestinidad derivada de la penalización de su práctica. Ese hecho, con las consecuencias penales e individuales que genera, "lleva a reconocer que la penalización del aborto es una forma de injusticia e inequidad social".

De ahí que "el carácter clandestino del aborto intensifica las desigualdades y profundiza las formas de discriminación social", como consecuencia de las condiciones de pobreza de las mujeres que quieren acceder su práctica y que, debido a las condiciones de marginalidad y vulnerabilidad en las que se encuentran, no cuentan con disponibilidad técnica que garantice sus derechos. Eso no solo afecta lo relacionado con la decisión de la maternidad, sino también la intersección con otros derechos que pueden ser afectados con la práctica del aborto, como la integridad, la salud y la vida

b) El principio de oportunidad

En su informe la Comisión resalto que, aunque la C-355 de 2006 establece un marco mínimo de protección de los derechos de la mujer, eso "no quiere decir que, en términos de política criminal, el Estado colombiano no pueda ni deba avanzar a una más vigorosa despenalización del aborto".

En ese sentido, aunque en el ordenamiento penal colombiano vigente subsiste el tipo penal de aborto como delito, a pesar de las múltiples recomendaciones nacionales e internacionales sobre el tema y las consecuencias adversas sobre la penalización de conducta, se deben analizar otras herramientas procesales que permitan dar una respuesta proporcional frente al reproche secundario de culpabilidad que reporta su ejercicio.

Por lo tanto, en atención al contexto actual y en el marco de lo dispuesto por el artículo 251 numeral 4 de la Constitución Política, la Fiscalía General de la Nación sugerirá a los fiscales que analicen la supuestos para la aplicación del principio de oportunidad de manera preferente en todos los casos de aborto que no estén cubiertos por las causales de la C-355 de 2006.

La decisión de dar aplicación del principio de oportunidad en los casos de aborto es coherente con los postulados de la Comisión Asesora en tres sentidos: (i) en lo referente a la racionalización del sistema penal, (ii) en la búsqueda de coherencia de los fines de la pena y (iii) en la reglamentación misma del principio de oportunidad y la promoción de su uso en el sistema penal acusatorio.

i. Adecuación del principio de oportunidad

Como el principio de oportunidad se basa en una discrecionalidad reglada, su aplicación requiere la adecuación del caso concreto en una de las causales establecidas en el artículo 324 de la Ley 906 de 2004. Eso se acompaña de una carga probatoria y de argumentación por parte del fiscal que lo solicita. Es muy importante recordar que la aplicación del principio de oportunidad responde a un test de proporcionalidad concreto y no abstracto. Por lo tanto la aplicación del principio de oportunidad a través de la causal aquí desarrollada debe ser analizada en cada caso particular.

También es importante señalar que la aplicación del principio de oportunidad debe observar tres elementos: la realización de un juicio de proporcionalidad la vinculación necesaria de esa institución con la dogmática penal y el respeto al principio de presunción de inocencia.

a. La realización del juicio de proporcionalidad implica, en primer lugar, la determinación prima facie de la constitucionalidad de la medida y del fin propuesto y, en segundo lugar, el examen de tres submunicipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

b. La aplicación del principio de oportunidad implica un análisis de las categorías propias de la dogmática. Por ejemplo, varias de las causales están relacionadas con el principio de insignificancia o la no necesidad de pena, aspectos que solo pueden entenderse en el marco de derecho penal general y especial.

c. Tercero, el principio de oportunidad parte de un supuesto básico:

Solo puede ser aplicado a las conductas que tengan las características de delito. Esto implica, a su vez, que: (i) debe desarrollarse, por lo menos, una mínima actividad investigativa que permita caracterizar la conducta como delictiva; (ii) el principio de oportunidad no puede aplicarse a conductas sin un presunto responsable conocido y (iii) el principio de oportunidad solo puede

aplicarse cuando estén determinadas las conductas que son objeto de investigación (juicio de tipicidad estricta mediante la calificación jurídica de los hechos).

La aplicación del principio de oportunidad se encuentra reglamentada a través de causales taxativas, que comparten las siguientes reglas en su aplicación:

- a. Las causales no son excluyentes entre sí, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en cada causal y su aplicación sea proporcional desde el punto de vista constitucional.*
- b. Pueden existir aplicaciones parciales del principio de oportunidad, es decir, pueden aplicarse a solo algunos de los procesados o algunos de los delitos o hechos investigados*
- c. La aplicación de cada una de las causales del principio de oportunidad depende de los requisitos específicos establecidos. Por lo tanto, se requiere un ejercicio de subsunción propio de la tipicidad procesal, en el que deben estar demostrado cada uno de los requisitos (supuestos de hecho procesales) de las causales, además del juicio de proporcionalidad. En esta directiva se explican los requisitos de cada una de ellas.*

El artículo 250 de la Constitución y el artículo 323 del Código de Procedimiento Penal consagran tres modalidades bajo las cuales puede aplicarse el principio de oportunidad, en el escenario que nos convoca la modalidad escogida será la de renuncia a la acción penal conforme a la cual la Fiscalía General de la Nación desiste definitivamente de la persecución de uno o varios hechos o delitos y, por lo tanto, se extingue la acción penal de estos, en los términos y con los efectos del artículo 329 de la Ley 906 de 2004.

Para los casos de aborto, podrá ser invocada la causal 12 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, que dispone:

"ARTICULO 324. CAUSALES El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

(...)

12. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social."

Con base en lo anterior, el delito de aborto en nuestro Código Penal tiene una pena asignada entre 16 y 154 meses, es decir 1 a 3 años. En esta lógica, aunque sea tipificado como delito, su baja tasación punitiva es un mecanismo apropiado para clasificarlo entre aquellos tipos penales con posible solución alternativa.

En relación con el análisis de culpabilidad, es importante resaltar que este "se edifica en el libre albedrío y por ello se considera que la pena a imponer en el caso concreto debe ser' proporcional al grado de antijuridicidad y al de culpabilidad". Bajo estos términos,

cualquier factor que incida en la disminución del juicio de reproche "necesariamente se traducirá en menor punibilidad".

Entre los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad, la Ley 599 de 2000 en su artículo 55 y subsiguientes, se incluyen algunos de los escenarios que también suponen un juicio de reproche disminuido o de secundaria consideración, que pueden ser considerados para cada caso concreto y entre los que se encuentra: obrar en estado de emoción, pasión excusable o de temor intenso (art. 55 núm. 3, C.P) la influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible (art. 55, núm. 4, C.P); la indigencia o falta de ilustración, en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible (art. 55, núm. 8, C.P); condiciones de inferioridad psíquica determinadas por la edad o por circunstancias orgánicas, en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible (art. 55, núm. 9, C.P); el que realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto haya influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tenga la entidad suficiente para excluir la responsabilidad (art. 56, C.P.); la ira o intenso dolor (art., 57 C.P).

Al respecto, y como también lo ha manifestado la Corte Constitucional:

"La vida humana, en los términos de la garantía constitucional de su preservación, no consiste solamente en la supervivencia biológica sino que, tratándose justamente de la que corresponde al ser humano, requiere desenvolverse dentro de unas condiciones mínimas de dignidad. Y, como la persona conforma un todo integral y completo, que incorpora tanto los aspectos puramente materiales, físicos y biológicos como los de orden espiritual, mental y psíquico, para que su vida corresponda verdaderamente a la dignidad humana, deben confluir todos esos factores como esenciales en cuanto contribuyen a configurar el conjunto del individuo".

En estos términos, el examen de las circunstancias deberá considerar a la mujer como un fin en sí misma desde una dimensión integral que abarque tanto lo físico, como lo mental y social.

Ahora bien, en el análisis del grado de intensidad del juicio de reproche sobre el tipo penal de aborto para su adecuación a la causal del principio de oportunidad, también es importante recordar, como lo hizo la Corte Constitucional, que el embarazo "puede causar una situación de angustia severa". Tal circunstancia debe ser un elemento en la valoración jurídica, al jugar un papel fundamental en la decisión de consumación de la conducta, de carácter diferenciado respecto de otras conductas punibles.

El análisis individual, y en algunos casos conjuntos, de varias de las variables que suponen un juicio de reproche reducido, deberá conducir a la conclusión de la presencia de culpabilidad mermada. Esa es la razón por la cual el reproche resulta de "secundaria consideración", como lo establece la causal 12.

IV. CONCLUSIONES.

Con base en los anteriores argumentos, se puede concluir lo siguiente:

1. En relación con el aborto, están enfrentados, por un lado, los derechos de las mujeres, quienes son evidentemente sujetos autónomos de derechos, y por el otro lado, la protección del feto o del nasciturus, que no es una persona en estricto sentido, ya que eso ocurre únicamente una vez se separa de su madre y ha "sobrevivido un momento siquiera".

2. En Colombia, bajo ciertas hipótesis desarrolladas por la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006, prevalecen los derechos de las mujeres, ya que constituirla una carga desproporcionada obligarlas a continuar con el embarazo. En esos casos, emplear al derecho penal como un instrumento para perseguirlas es una injerencia ilegítima por parte del Estado que contraria su autonomía y su derecho a decidir sobre su propio cuerpo especialmente cuando, por ejemplo, representa un riesgo para su salud física o psicológica.

3. La Corte Constitucional a través de la sentencia C-355 de 2006 despenalizó parcialmente el aborto en Colombia. En esa ocasión sostuvo que la IVE no podía ser perseguida penalmente 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 ovulo fecundado no consentidas, o de incesto".

4. La Corte Constitucional ha señalado que "la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) en los tres casos establecidos en la Sentencia C-355 de 2006, que incluye el aborto en supuestos de violencia sexual, es [tanto] un derecho fundamental de las mujeres, como un derecho reproductivo".

5. La Corte Constitucional sostiene que la salud debe ser entendida no solo como la ausencia de enfermedad sino como un alto estado de bienestar que incluye lo físico y lo mental. Así también lo considera la Organización Mundial para la Salud, que reconoce que "la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades".

6. La concepción integral de la salud implica que para que una mujer legalmente decida interrumpir su embarazo no es necesario que haya un riesgo de muerte o que ocurra una afectación grave para su salud. Por el contrario, lo que se evalúa en estos casos es que exista un riesgo "en términos de pérdida de bienestar, pérdida de la calidad de vida y años de vida saludable".

7. Permitir que se sancione penalmente a las mujeres por la práctica de la IVE cuando el embarazo es fruto de una conducta delictiva como el acceso carnal violento, no únicamente anula sus derechos y su autonomía en relación con la protección que se le da al feto, sino que además es una "intromisión estatal de tal magnitud en su libre desarrollo de la personalidad y en su dignidad humana".

8. Cuando el embarazo es el resultado de una conducta delictiva, como la "violación o [el] incesto, debe partirse de la buena fe y responsabilidad de la mujer que denunció tal hecho, y por tanto basta con que se exhiba al médico copia de la denuncia debidamente formulada". Sin embargo la carga de verificación sobre la existencia de la denuncia recae sobre el fiscal quien deberá verificar en los sistemas de información su existencia. En caso de no encontrarla el fiscal deberá iniciar la noticia criminal de oficio.

9. En aquellas situaciones en las que haya una grave malformación del feto que haga inviable su vida, la Corte Constitucional estableció que es necesario solicitar un certificado médico que así lo acredite.

10. Las solicitudes de IVE de menores de 14 años pueden ser adelantadas bajo la causal de violencia sexual incorporada por la sentencia C-355 de 2006. Por eso, en tales casos "la exhibición de la denuncia se torna en una mera formalidad y la falta de la misma no puede ser un pretexto para dilatar la interrupción del embarazo, si la mujer solicita que se le practique el aborto" (Subraya fuera del texto).

11. En casos de niñas víctimas de violencia sexual, que es lo que se presume cuando tienen menos de 14 años y están embarazadas, se deberá velar en todo momento por la protección de sus derechos fundamentales, entre estos el derecho a la intimidad, mediante la salvaguarda de sus datos personales.

Para ello, se acogerá la fórmula utilizada por la Corte Constitucional para proteger la identidad de sujetos con protección constitucional reforzada, según la cual, se ha optado por el uso de seudónimos o de las iniciales del nombre para identificar el caso.

12. En el caso de la celebración de audiencias en las cuales la víctima del delito sea una niña o adolescente, en virtud de lo

dispuesto en el artículo 18 de la Ley 906 de 2004, la publicidad de las actuaciones podrá ser restringida.

13. La obligación que tiene el juez de tutela de reservar la identidad de las mujeres que hayan interrumpido su embarazo voluntariamente es trasladable a los fiscales y funcionarios judiciales que tienen a su cargo la investigación del delito de aborto. Por ello, aquellas personas que estén involucradas en cualquiera de los momentos procesales de estos casos, no podrán hacer pública la identificación de las mujeres.

14. La medida de interdicción únicamente hace referencia a la realización de actos negociales o de contenido patrimonial, en cuyo caso quien ejerce la función de guarda tiene poder decisorio. No obstante, esta función no cubre el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad lo cual quiere decir que la titularidad del derecho permanece en cabeza de la mujer con discapacidad. Por lo tanto las decisiones y objeciones manifestadas por ella deben prevalecer frente a las opiniones de su representante legal, pues de lo contrario se viola el bloque de constitucionalidad.

15. Las personas con discapacidad, incluyendo aquellas que tienen una medida de interdicción judicial, tienen derecho a brindar su consentimiento informado de manera personal y libre para acceder a la IVE.

16. Las mujeres con discapacidad que se practiquen un aborto cubierto por alguna de las causales despenalizadas por la Corte Constitucional, no serán sometidas a regímenes probatorios diferentes a los señalados en esta directiva.

17. Cuando se está investigando el delito de aborto bajo la causal salud, los fiscales deberán solicitar inicialmente el certificado médico, en el cual conste que la práctica de la IVE se debió a la existencia de un riesgo para la vida o la salud de la mujer, o de la malformación del feto. Debido a lo anterior en principio, no es necesario pedir la historia clínica de la mujer.

Así que las órdenes judiciales tendrán que estar orientadas específicamente a comprobar la existencia del certificado, y no a revisar información adicional que hace parte de la historia clínica.

18. Las mujeres embarazadas que tengan el virus del Zika podrán decidir si acceden a la IVE, cuando su caso se enmarque dentro de alguna de las causales de despenalización del aborto definidas por la Corte Constitucional.

19. Cuando la IVE se enmarca dentro de algunas de las causales avaladas por la Corte Constitucional, es claro que se configura un caso de atipicidad objetiva que fundamenta la inadmisión de la denuncia.

20. En los eventos en los cuales a la fecha de expedición de la presente directiva ya se hubieren realizado imputaciones o incluso audiencias posteriores de hechos que se enmarquen en lo descrito a lo largo de este documento, en la mayor medida posible se procurara (i) archivar; (ii) solicitar la preclusión de la investigación o (iii) la absolución perentoria, según sea el caso.

21. Cuando los casos no se adecuen a alguna de las tres hipótesis despenalizadas por la Corte Constitucional, se estudiará la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad.[...]

II.3. Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo

II.3.1. Sobre la finalidad⁴ de las medidas cautelares la Corte Constitucional se ha pronunciado de la siguiente manera:

«[...] Las medidas cautelares, son aquellos mecanismos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la Ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido [...]»⁵.

II.3.2. En este sentido, la Constitución Política le reconoce a la jurisdicción contencioso administrativa la potestad de suspender, provisionalmente, los efectos de los actos administrativos susceptibles de impugnación por vía judicial, pero sólo *por los motivos y con los requisitos que establezca la ley*⁶.

⁴ Sobre la finalidad de las medidas cautelares, consultar también la providencia de 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), en la que se aseveró: *«[...] se busca evitar que la duración del proceso afecte a quien acude a la Jurisdicción, a tal punto que para el momento de obtener una decisión favorable se torne en ilusorio el ejercicio del derecho reconocido, pues al decir de Chiovenda 'la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón.[...]»*

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-834/13. Referencia: Expediente D -9509. Demandante: Martín Bermúdez Muñoz. Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 613 (parcial) de la Ley 1564 de 2012 *«Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso»*. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil trece (2013).

⁶ Constitución Política, artículo 238.

II.3.3. Cabe resaltar que uno de los motivos que inspiraron la expedición del nuevo del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA - Ley 1437 de 2011, está relacionado con el fortalecimiento de los poderes del juez. Fue así como el nuevo Código creó un moderno y amplio régimen de medidas cautelares, adicionales a la suspensión provisional de actos administrativos, y en su artículo 229 le da una amplia facultad al juez para que decrete las medidas cautelares que estime necesarias para «**proteger y garantizar, temporalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia**».

II.3.4. En esta última disposición (art. 229) se indica que las medidas cautelares proceden: **i)** en cualquier momento; **ii)** a petición de parte - debidamente sustentada; y **iii)** en todos los procesos declarativos promovidos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

II.3.5. En cuanto al compendio de medidas cautelares que hace en el CPACA en su artículo 230, es importante resaltar su clasificación como: **i) preventivas** (numeral. 4), cuando impiden que se consolide una afectación a un derecho; **ii) conservativas** (numeral 1 primera parte), si buscan mantener o salvaguardar un *statu quo*; **iii) anticipativas** (numerales 1 segunda parte, 2 y 3), de un perjuicio irremediable, por lo que vienen a satisfacer por adelantado la pretensión del demandante; y **iv) de suspensión** (numerales 2 y 3), que corresponden a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa.⁷

II.3.6. Los artículos 231 a 233 del mencionado estatuto procesal determinan los **requisitos, la caución y el procedimiento** para decretar las medidas cautelares; normas que son aplicables cuando se solicita la adopción de alguna de las cautelas enunciadas en el artículo 230.

II.3.7. En cuanto a los **criterios de aplicación** que debe seguir el juez para la adopción de una medida cautelar, como ya se anunció, éste cuenta con un amplio margen de discrecionalidad, si se atiende a la redacción de la norma

⁷ Artículo 230 del CPACA

que señala que «*podrá decretar las que considere necesarias*»⁸. No obstante lo anterior, a voces del artículo 229 del CPACA, su decisión estará sujeta a lo *regulado* en dicho Estatuto, previsión que apunta a un criterio de proporcionalidad, si se armoniza con lo dispuesto en el artículo 231 *ídem*, según el cual para que la medida sea procedente el demandante debe presentar «*documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un **juicio de ponderación de intereses**, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla*» (Resaltado fuera del texto).

II.3.8. Sobre este asunto, en particular, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez), señaló:

*«[...] La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en **el fumus boni iuris y periculum in mora**. El primero, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la **posible existencia de un derecho**. El segundo, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de **un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho** [...]»⁹ (Negrillas fuera del texto).*

II.3.9. Por su parte, la Sección Tercera, mediante auto de 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), sostuvo lo siguiente:

«[...] Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible

⁸ Artículo 229 del CPACA

⁹ Providencia de 17 de marzo de 2015, Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez.

*intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleje la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que **en el escenario de las medidas cautelares**, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, **además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el fumus boni iuris y el periculum in mora, debe proceder a un estudio de ponderación y sus sub principios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad stricto sensu**, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad [...]»¹⁰(Negrillas no son del texto).*

II.3.10. Así pues, en el examen de procedibilidad de la medida solicitada, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, deberá verificarse la concurrencia de los elementos tradicionales que ameritan la imposición de la cautela, a saber: **(i) *fumus boni iuris***, o apariencia de buen derecho, **(ii) *periculum in mora***, o perjuicio de la mora, y, **(iii)** la ponderación de intereses.

II.4. La medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto acusado

¹⁰ Sobre la aplicación de la **proporcionalidad**, la misma providencia indicó: «[...] Se ha sostenido en anteriores ocasiones: (...) Allí donde el Juez Administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad' // En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito conlleva a sostener que en la determinación de una medida cautelar, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica i) que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (idoneidad); ii) que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (necesidad) y, por último, es necesario iii) llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación , en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos ... El propio artículo 231 del CPACA. da lugar a esta consideración imperativa en el numeral 4, literales a) y b), cuando prescribe como exigencia: 'Que, adicionalmente, se cumpla con una de las siguientes condiciones: a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios»

II.4.1. En el marco de las diversas medidas cautelares instauradas en el nuevo proceso contencioso administrativo¹¹, se encuentra la figura de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos prevista en el artículo 238 de la Constitución Política y desarrollada en los artículos 231¹² y siguientes del CPACA.

II.4.2. Entre sus características principales se destaca su naturaleza cautelar, temporal y accesoria, tendiente a evitar que **actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos**, mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad, en el proceso ordinario en el que se hubiere decretado tal medida. Es por ello que su finalidad está dirigida a «*evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho*».¹³

II.4.3. De otra parte, es preciso resaltar que el anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), se tiene que la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos se supeditaba a la «**manifiesta**

¹¹ El artículo 230 del CPACA. señala que el Juez puede decretar, cuando haya lugar a ello, «*una o varias de las siguientes*» cautelas: ordenar que se mantenga una situación, o se restablezca el estado de cosas anterior a la conducta «*vulnerante o amenazante*», cuando fuere posible (numeral 1); suspender un procedimiento o actuación administrativa, incluso de carácter contractual, dentro de ciertas condiciones (numeral 2); suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo (numeral 3); ordenar que se adopte una decisión, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos; (numeral 5) Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

¹² «[...] **Artículo 231.** *Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.*

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. *Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.*
2. *Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.*
3. *Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.*
4. *Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:*
 - a) *Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o*
 - b) *Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios [...]*» (Negrillas fuera del texto).

¹³ Providencia citada *ut supra*, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

infracción de la norma invocada», indicándose que, en acciones distintas a la objetiva de legalidad, se requería demostrar, aunque fuera sumariamente, el perjuicio con la ejecución del acto. Por ello, la innovación más relevante de la Ley 1437 de 2011 consiste en, referirse expresamente a la **confrontación de legalidad** que debe efectuar el Juez de la medida; es decir, ese **análisis inicial de legalidad** del acto acusado, de cara a las normas que se estiman infringidas¹⁴.

II.4.4. Dicho lo anterior, es menester indicar que esta Corporación, en el auto de 13 de mayo de 2015¹⁵, citado anteriormente, ha señalado que:

«[...] la suspensión provisional, como toda medida cautelar, debe estar siempre debidamente sustentada en los dos pilares fundamentales sobre los cuales se edifica todo sistema cautelar, a saber: los principios del periculum in mora y del fumus boni iuris, en virtud de los cuales siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio [...]».

¹⁴ Vale la pena ahondar en el tema de la transición del régimen de las medidas cautelares que tuvo lugar con el nuevo CPACA, asunto explicado en la providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799), en la cual se puntualizó: «*Ahora bien, centrando el estudio en la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, es notorio para la Sala que la nueva disposición, sin desconocer los rasgos característicos del acto administrativo, amplió, en pro de una **tutela judicial efectiva**, el ámbito de competencia que tiene el Juez de lo contencioso administrativo a la hora de definir sobre la procedencia de tal medida cautelar; y ese cambio, que se refleja en el tenor literal de la norma, consulta la intención del legislador y el entendimiento de la medida cautelar en el marco constitucional. Una interpretación del artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo teniendo en cuenta solamente la variación literal del enunciado normativo, pudo haber generado en los inicios de su aplicación la idea de que la existencia de una **manifiesta infracción**, a la que hacía referencia el artículo 152 del anterior Código, fue reemplazada por el **surgimiento** en el análisis judicial de una oposición entre el acto y las normas superiores, sin que ello comportara una diferencia material en el contenido normativo de ambas disposiciones. Sin embargo, estudiados los antecedentes de la disposición debe arribarse a una conclusión diferente, dado que, se insiste, la medida cautelar en el nuevo escenario judicial de esta Jurisdicción obedece y reclama la tutela judicial efectiva» (Resaltado es del texto).*

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C., 13 de mayo de 2015. Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00022-00(53057). Actor: CARACOL Televisión S.A. y RCN Televisión S.A. Demandado: Autoridad Nacional de Televisión – ANTV. Referencia: Medio de control de nulidad simple (Auto medida cautelar de suspensión provisional)

II.4.5. Tal visión ha sido compartida por esta Sección en el auto de 27 de agosto de 2015¹⁶, en el cual subrayó lo siguiente:

«[...] En esta providencia no se está adoptando decisión de fondo, pues lo que se resuelve es la solicitud de suspensión provisional, la cual se niega mediante auto interlocutorio, entre otras razones, porque no se configuran los requisitos que la Jurisprudencia y la Doctrina denominan Fumus bonis iuris (apariencia de buen derecho) y periculum in mora (necesidad de urgencia de la medida cautelar) [...]».

II.4.6. Los principios y requisitos enunciados se concretan, a juicio de este Despacho, en las previsiones especiales del inciso primero del artículo 231 del CPACA para esta modalidad de cautela, sin perjuicio del análisis que para el caso en concreto deba realizar el Juez en relación con la necesidad de la urgencia de la medida cautelar.

II.4.7. Acerca de la forma en la que el Juez debe abordar este *análisis inicial*, la citada providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799), sostuvo:

*«[...] Para el estudio de la procedencia de esta cautela se requiere una **valoración del acto acusado** que comúnmente se ha llamado **valoración inicial**, y que implica **una confrontación de legalidad de aquél con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto a la solicitud**. Este análisis inicial permite abordar el objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda, **pero con base en una aprehensión sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa**. Y esa valoración inicial o preliminar, como bien lo contempla el inciso 2º del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, **no constituye prejuzgamiento**, y es evidente que así lo sea, dado que su resolución parte de un conocimiento sumario y de un estudio que, si bien permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no sujeta la decisión final [...]» (Resaltado fuera del texto).*

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejera ponente: María Elizabeth García González. Bogotá, D.C., 27 de agosto de 2015. Radicación número: 11001-03-24-000-2015-00194-00. Actor: Marco Fidel Ramírez Antonio. Demandado: Ministerio de Salud y Protección Social.

II.4.8. Como lo refiere la providencia transcrita, es importante la prevención efectuada por el legislador al advertir que, la decisión sobre la medida cautelar, de ningún modo implica **prejuzgamiento**, teniendo en cuenta que, como lo ha precisado la Jurisprudencia de esta Sala, se trata de «*mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto*»¹⁷.

II.5. El caso concreto

En el presente caso el actor solicita la suspensión provisional de los efectos jurídicos de la Directiva 006 de 27 de marzo de 2016, «*por medio de la cual se adoptan directrices para la investigación y juzgamiento del delito de aborto*», expedida por el Fiscal General de la Nación, al considerar que: i) el Fiscal General carecía de competencia para reglamentar una decisión de la Corte Constitucional; ii) se pretende despenalizar el aborto al reglamentar el principio de oportunidad; y, iii) se restringe la autonomía de los funcionarios judiciales.

II.5.1.- El Fiscal General de la Nación carecía de competencia para reglamentar una sentencia de la Corte Constitucional y para reglamentar el artículo 11 de la Carta Política – violación de los artículos 1°, 4°, 6°, 29, 121, 189 – numeral 11 – y 250 de la Carta Política y 171 numeral 1° de la Ley 100 de 1993.

¹⁷ Así lo sostuvo la Sala en la providencia de 11 de marzo de 2014 (Expediente núm. 2013 00503. Consejero ponente: doctor Guillermo Vargas Ayala), al expresar que: «*Con el ánimo de superar los temores y las reservas que siempre acompañaron a los Jueces respecto del decreto de la suspensión provisional en vigencia de la legislación anterior, célebre por su escasa efectividad producto de las extremas exigencias que la Jurisprudencia le impuso para salvaguardar su imparcialidad, el inciso segundo del artículo 229 del C.P.A.C.A. expresamente dispone que '[I]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento'. De lo que se trata, entonces, con esta norma, es de brindar a los Jueces 'la tranquilidad de que se trata de mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto sub lite' []. Una suerte de presunción iure et de iure, sobre cómo acceder a la medida no afecta la imparcialidad del Juez ni compromete su capacidad de discernimiento ni poder de decisión, que busca además promover la efectividad del nuevo régimen cautelar introducido. // La Jurisprudencia ya ha ido señalado que este enunciado debe ser visto como un límite a la autorización que se otorga al Juez para que analice los hechos, las pruebas y los fundamentos del caso, pues es evidente que por tratarse de una primera aproximación al asunto este análisis debe ser apenas preliminar, razón por la cual no puede suponer un examen de fondo o 'prejuzgamiento' de la causa []. La carga de argumentación y probatoria que debe asumir quien solicita la medida cautelar, garantizan que el Juez tenga suficientes elementos de juicio para emprender esta valoración sin tener que desplegar un esfuerzo analítico propio de la fase final del juicio ni renunciar ni relevarse del examen más profundo que debe preceder a la sentencia».*

Manifestó que el Fiscal General de la Nación carecía de competencia para reglamentar una sentencia de la Corte Constitucional, esto es, la Sentencia C-355 de 2006, haciendo mención de la sentencia de 13 de marzo de 2013, proferida en el expediente 110010324000 2008 00256 00 por esta Corporación, en la cual se decretó la nulidad del Decreto 4444 de 2006, en tanto el acto acusado pretendió reglamentar una sentencia.

Asimismo, consideró que aquel servidor público carecía de competencia para modificar el artículo 11 de la Constitución Política que establece la inviolabilidad de la vida, lo cual solo es viable a través de una reforma a la Carta Política.

Este Despacho considera, en esta etapa preliminar de la controversia, que el Fiscal General de la Nación no está reglamentando la Sentencia C-355 de 2006, ni mucho menos el artículo 11 de la Carta Política.

En tal sentido basta indicar que el artículo 251 de la Carta Política – artículo modificado por el artículo 3° del Acto Legislativo núm. 3 de 2002 – le entrega al Fiscal General de la Nación, entre otras funciones especiales, la consistente en:

«[...] 3. Asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren, lo mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos. Igualmente, en virtud de los principios de unidad de gestión y de jerarquía, determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley [...]».

Asimismo, el artículo 4° del Decreto Ley 016 de 2014, norma por la cual se modifica y se define la estructura de la Fiscalía General de la Nación, establece como funciones del Fiscal General de la Nación, en consonancia con el citado artículo de la Constitución Política, las siguientes:

«[...] Artículo 4°. Funciones del Fiscal General de la Nación. El Fiscal General de la Nación, además de las funciones especiales definidas en la Constitución Política y en las demás leyes, cumplirá las siguientes:

1. Formular y adoptar las políticas, directrices, lineamientos y protocolos para el cumplimiento de las funciones asignadas a la Fiscalía General de la Nación en la Constitución y en la ley.

[...]

6. Formular políticas y fijar directrices para asegurar el ejercicio eficiente y coherente de la acción penal, las cuales, en desarrollo de los principios de unidad de gestión y jerarquía, son vinculantes y de aplicación obligatoria para todas las dependencias de la entidad [...].».

Nótese cómo la Directiva acusada pretende establecer precisamente criterios que deben ser seguidos por los fiscales para la investigación y juzgamiento de los hechos que pudieran constituir el delito de aborto – tipificado en el artículo 122 del Código Penal –, esto es, relacionados con el ejercicio de la acción penal.

Además, es claro que la Fiscalía General de la Nación no podría fijar aquellos criterios sin abordar la Sentencia C-355 de 2006, proferida por la Corte Constitucional, puesto que dicha decisión judicial declaró la exequibilidad condicionada del artículo 122 del Código Penal:

«[...] Tercero: [...] en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: a) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; c) cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto [...].».

II.5.2.- El Fiscal General de la Nación pretende, a través de la directiva acusada, la despenalización del aborto al reglamentar el principio de oportunidad, incluyendo causales para interrumpir voluntariamente el embarazo que no se encuentran establecidas en la Sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional – violación de los artículos 11, 12, 18, 44, 49, 90, 91, 93, 114, 150 – numerales 1, 2 y 8 -, 152, 209 y 211 de la Carta Política.

Subrayó que el Fiscal General de la Nación despenalizó, a través del acto acusado, el delito de aborto al reglamentar el principio de oportunidad, incluyendo nuevas causales y ampliando otros eventos de interrupción voluntaria del embarazo que no se encuentran establecidos en la Sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional, además de ampliar otras, reglamentando, reitera, la citada sentencia mediante el principio de oportunidad.

El despacho, encontró que la directiva enjuiciada, una vez abordó las causales en las que no se incurre en el delito de aborto fijadas en la Sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional, se refirió al principio de oportunidad como mecanismo para suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal, en los eventos en los cuales efectivamente se configura el delito, pero que no están cubiertos por las causales señaladas en esa sentencia, sugiriendo a los fiscales:

«[...] que analicen la supuestos (sic) para la aplicación del principio de oportunidad de manera preferente en todos los casos de aborto que no estén cubiertos por las causales de la C-355 de 2006.

La decisión de dar aplicación del principio de oportunidad en los casos de aborto es coherente con los postulados de la Comisión Asesora en tres sentidos: (i) en lo referente a la racionalización del sistema penal, (ii) en la búsqueda de coherencia de los fines de la pena y (iii) en la reglamentación misma del principio de oportunidad y la promoción de su uso en el sistema penal acusatorio [...].»

Así las cosas, la directiva estableció que el principio de oportunidad se basaba en una discrecionalidad reglada, lo que indica que requiere de la adecuación del caso concreto a una de las causales establecidas en el artículo 324 de la Ley 906 de 2004, junto con una carga probatoria y de argumentación por parte del fiscal que lo solicita.

Considera el despacho que en el citado acto se desarrolló, para el efecto, la causal prevista en el numeral 12 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, esto es, cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social, mencionando que *«[...] [E]s muy importante recordar que la aplicación del principio de oportunidad responde a un test de proporcionalidad*

concreto y no abstracto. Por lo tanto, la aplicación del principio de oportunidad a través de la causal aquí desarrollada debe ser analizada en cada caso particular [...]».

De acuerdo con lo anterior, no cabe efectuar un predicamento de despenalización del aborto en la medida en que el Fiscal General de la Nación, en la directiva enjuiciada, simplemente sugiere a los fiscales, mas no los obliga, a que en los casos que no se enmarquen dentro de la Sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional, soliciten la aplicación del principio de oportunidad, con el debido análisis y argumentación para cada caso en concreto, con sustento en la causal precitada – numeral 12, Artículo 324 de la Ley 906 de 2004 –, por lo que no opera en forma automática y general.

Además, es claro que no basta con que los fiscales soliciten su aplicación, sino que aquella figura jurídica está sujeta al control judicial, tal como se establece en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004, en los siguientes términos:

«[...] ARTÍCULO 327. CONTROL JUDICIAL EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. <Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley 1312 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad de las solicitudes individuales o colectivas respectivas dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad.

Dicho control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión. El juez resolverá de plano.

La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la Fiscalía, no podrá comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad [...]»

Finalmente, cabe mencionar que el actor estimó violados los tratados internacionales que protegen la vida desde la concepción, citando para el efecto el salvamento de voto a la Sentencia C-355 de 2006, en la que los magistrados disidentes señalaron que la tesis expuesta por la mayoría desconocía los artículos 3° y 6° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; los artículos 1° y 4° de la Convención Americana sobre Derechos

Humanos; y los artículos 1° y 6° de la Declaración de los Derechos del Niño, en la medida en de aquellos instrumentos no emanaba ninguna obligación internacional de despenalizar el aborto o limitar otro derecho como la vida.

Al respecto, este despacho observa, en esta etapa inicial de la controversia, que el actor lo que está planteando es una inconformidad con la Sentencia C-355 de 2006, haciendo suyos los planteamientos esbozados en el salvamento de voto, los cuales no tienen carácter vinculante y, en todo caso, como se ha expuesto la directiva en modo alguno implica la despenalización de la referida conducta.

II.5.3.- El Fiscal General de la Nación asumió competencias de los fiscales y de los jueces, quienes, en su concepto, son autónomos en sus decisiones, con la pretensión de despenalizar el aborto - violación de los artículos 6°, 29, 116, 121, 228 y 250 de la Carta Política.

Afirmó que la directiva enjuiciada asumía competencias de los fiscales y de los jueces, quienes son autónomos en sus decisiones, para presionarlos a adoptar decisiones manifiestamente inconstitucionales e ilegales, pretendiendo despenalizar el delito de aborto por medio de un acto administrativo.

Como se advirtió líneas atrás, la aplicación del principio de oportunidad no opera de forma automática ni general.

En la directiva cuestionada no se ordena sino que se sugiere a los fiscales que soliciten la aplicación del principio de oportunidad para los casos que no están comprendidos en la Sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional, estudio que debe estar acompañado de una análisis probatorio y de una argumentación para el caso concreto, por lo que no se observa que la directiva asuma competencias de los fiscales y mucho menos de los jueces de la República, a quienes no está dirigida.

Por otra parte, cabe resaltar que en la medida en que la aplicación del principio de oportunidad no implica una función jurisdiccional, toda vez que resulta ser una solicitud ante una autoridad judicial, lo que se impone es el principio de

unidad de gestión y de jerarquía y no el principio de autonomía propio de quienes ejercen la función jurisdiccional. Al respecto, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-232 de 2016, ha señalado, lo siguiente:

*«[...] En el ejercicio de las funciones no jurisdiccionales de la Fiscalía, **los fiscales delegados gozan de una cierta autonomía que no es la propia de quienes ejercen función jurisdiccional, sino la que determine el legislador.** Este aserto se deriva claramente del numeral 3 del artículo 251 de la Constitución Política, el que determina que “en virtud de los principios de unidad de gestión y jerarquía” es función del Fiscal General de la Nación “determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados, **en los términos y condiciones fijados por la ley**” (Negrillas no originales). Se trata de una clara reserva de ley que atribuyó al legislador, en la materia, un amplio margen de discrecionalidad¹⁸, para determinar las consecuencias concretas de los principios de unidad de gestión y jerarquía, inaplicables al ejercicio de funciones jurisdiccionales, en los términos explicados.*

30. En desarrollo de esta atribución competencial, para esta materia, y de manera temporal, el Congreso de la República delegó la función legislativa¹⁹ al Presidente de la República, a través del literal a, del artículo 1, de la Ley 1654 de 2013. La competencia delegada fue ejercida mediante el Decreto Ley 16 de 2014 “Por el cual se modifica y define la estructura orgánica y funcional de la Fiscalía General de la Nación”. Los artículos 4.7, 5.5, 15.8, 16.5, 17.2, 20.2, 29.8, 31.8 y 33.2 de este Decreto Ley previeron la competencia para organizar y adelantar comités técnico-jurídicos de revisión de las situaciones y los casos, al tiempo que dispusieron que, en caso de haber discrepancia, frente a la posición del fiscal de cada caso, luego de un nuevo estudio, prevalecerá el concepto del comité técnico-jurídico. A este respecto, el Legislador delegado no hizo nada distinto que ejercer la competencia atribuida por la

¹⁸ La referencia a la discrecionalidad legislativa en la configuración de la ley ha sido utilizada en varias ocasiones por esta Corte. Así, «en determinadas materias, como puede ser la definición de los hechos gravables, la Carta atribuye una amplísima **discrecionalidad al Legislador**»: sentencia C-093/01; «el legislador cuenta con un amplio **margen de discrecionalidad** para organizar el monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar»: sentencia C-173/06; «La dosimetría de las penas, ha dicho la Corte, es sin duda un asunto librado a la definición legal, pero corresponde a la Corte velar para que en el uso de la **discrecionalidad legislativa** se respeten los principios de razonabilidad y proporcionalidad»: sentencia C-290/08, confirmada por la sentencia C-100/11 y por la sentencia C-334/13; «la jurisprudencia ha entendido que en estas materias al legislador le cabe un amplio **margen de discrecionalidad** a la hora de organizar dichos monopolios»: C-1067/08. Las negrillas no son originales.

¹⁹ «El revestimiento de facultades extraordinarias para legislar comporta realmente una delegación, pues se trata de que el Congreso fundado en su propia competencia atribuya al Presidente de la República los poderes legislativos necesarios para que regule determinada materia en forma tan legítima y eficaz como lo haría él mismo, dentro de ciertos límites y con arreglo a los criterios establecidos en la misma ley donde hace tal delegación»: Corte Constitucional, sentencia C-1028/02. La expresión delegación legislativa ha sido utilizada, entre otras, en las sentencias C-971/04; C-172/10; C-170/12; C-366/12; C-711/12; C-562/15.

Constitución, en su artículo 251, numeral 3, para desarrollar y precisar las consecuencias concretas de los principios constitucionales de unidad de gestión y jerarquía y para determinar, legislativamente, los “términos y condiciones” de la autonomía de los fiscales delegados en el ejercicio de sus funciones no jurisdiccionales.

31. Así, en los términos expuestos en esta sentencia, de acuerdo con los precedentes jurisprudenciales de esta Corte, debe entenderse que los principios de unidad de gestión y jerarquía son inaplicables al ejercicio de las funciones jurisdiccionales de los fiscales delegados y, por lo tanto, la posibilidad de organizar comités técnico-jurídicos, cuya decisión prevalece, se refiere exclusivamente al ejercicio de las funciones no jurisdiccionales que la Fiscalía ejerce. En estas funciones, la autonomía de los fiscales delegados no es la exigida por el artículo 228 de la Constitución para quienes ejercen funciones jurisdiccionales, sino la establecida por el legislador, es decir, aquella que permite al fiscal delegado apartarse del concepto del comité técnico-jurídico, bajo el entendido que, en caso de insistencia, prevalecerá el concepto del comité. Por consiguiente, se concluye que los apartes demandados de las normas bajo control de constitucionalidad, serán declaradas exequibles [...]».

II.6. Conclusión

De lo expuesto líneas atrás, para este momento del proceso no se encuentran acreditados los requisitos establecidos en el artículo 231 del CPACA, motivo por el cual resulta improcedente el decreto de la medida cautelar consistente en la suspensión provisional de la Directiva 006 de 2016, expedida por el Fiscal General de la Nación.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en Sala Unitaria,

R E S U E L V E:

NEGAR la medida cautelar consistente en la solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos de Directiva 006 de 27 de marzo de 2016, «*por medio de la cual se adoptan directrices para la investigación y juzgamiento del delito de aborto*», expedida por el Fiscal General de la Nación, por las razones expuestas en este proveído.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero de Estado