

Bogotá D.C., 11 de noviembre de 2025

Honorables Magistrados

CONSEJO DE ESTADO

SECCIÓN PRIMERA – REPARTO

E. S. D.

Demandante: Oscar Mauricio Giraldo Hernández, Luis Miguel López
Aristizábal, Lorena Ríos Cuellar, Karina Espinosa Oliver
y otros
Demandado: Superintendencia Nacional de Salud
Expediente: Reparto
REF: Demanda

Honorables Magistrados,

OSCAR MAURICIO GIRALDO HERNÁNDEZ, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 71.275.554; **LORENA RÍOS CUELLAR**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 60.367.488; **LUIS MIGUEL LÓPEZ ARISTIZÁBAL**, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 1.017.210.517; **KARINA ESPINOSA OLIVER**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 52851065, ciudadanos y congresistas de la República de Colombia, dentro del término legalmente establecido para el efecto, presentamos la **DEMANDA DE NULIDAD** de la referencia, en los términos establecidos por el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y sus reformas de la Ley 2080 de 2021, en contra de la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, la cual expide el siguiente

ACTO ACUSADO

El acto administrativo cuya nulidad se demanda es la Circular 2024150000000011-5 del 20 de septiembre de 2024 expedida por la Superintendencia Nacional de Salud, *“POR LA CUAL SE IMPARTEN*

INSTRUCCIONES GENERALES DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL PARA LA GARANTÍA DEL DERECHO A LA SALUD DE PERSONAS TRANS EN COLOMBIA". Se adjunta publicación en la página de la Superintendencia Nacional de Salud y el texto íntegro del acto demandado se presenta como anexo a la demanda.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 162, numeral 2 de la ley 1437 de 2011, y con fundamento en los cargos que serán sustentados en la presente acción de nulidad, elevamos respetuosamente a los Honorables magistrados del Consejo de Estado las siguientes

PRETENSIONES

PRIMERA. DECLARAR la Nulidad de la Circular 2024150000000011-5 del 20 de septiembre de 2024 expedida por la Superintendencia Nacional de Salud *"POR LA CUAL SE IMPARTEN INSTRUCCIONES GENERALES DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL PARA LA GARANTÍA DEL DERECHO A LA SALUD DE PERSONAS TRANS EN COLOMBIA"*.

SEGUNDA. Una vez ejecutoriada la Sentencia que le ponga fin a la presente acción, se comuniquen a la autoridad administrativa que profirió el acto, para los efectos legales consiguientes.

Así mismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 162, numeral 3 de la ley 1437 de 2011, nos permitimos indicar que la autoridad administrativa ha incurrido en los siguientes

HECHOS Y OMISIONES

PRIMERO. Que por medio de la Sentencia T-218 de 2022¹ la Corte Constitucional exhortó al Ministerio de Salud y Protección Social que

¹ **Corte Constitucional. Sentencia T-218 de 2022. "SEXTO. EXHORTAR** al Ministerio de Salud y Protección Social a que, en el término de un (1) año contado a partir de la notificación de esta providencia, y en el marco de sus competencias legales, emita la guía de práctica clínica, con sus respectivos protocolos, para la atención integral en salud de las personas transgénero y, particularmente, para el suministro de los procedimientos médicos de afirmación de género."

dentro del marco de sus competencias legales, emita la guía de práctica clínica, con sus respectivos protocolos, la atención integral en salud de las personas transgénero y, particularmente, para el suministro de los procedimientos médicos de afirmación de género.

SEGUNDO. Que el 20 de septiembre de 2024, la Superintendencia Nacional de Salud, expidió la Circular externa 2024150000000011-5 por la cual “*SE IMPARTEN INSTRUCCIONES GENERALES DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL PARA LA GARANTÍA DEL DERECHO A LA SALUD DE PERSONAS TRANS EN COLOMBIA.*”.

TERCERO. Que de acuerdo con las leyes 1122 de 2007, 1966 de 2019, y los Decretos 1018 de 2007, y 1080 de 2021 las funciones de inspección, vigilancia y control que tiene la Superintendencia Nacional de Salud no contemplan la facultad reglamentaria propia de las directrices que imparte la referida Circular 2024150000000011-5 del 20 de septiembre de 2024.

CUARTO. Que, dentro de las funciones de la misma Superintendencia Nacional de Salud, se encuentra “*velar porque la prestación de los servicios de salud se realice sin ningún tipo de presión o condicionamiento frente a los profesionales de la medicina y las instituciones prestadoras de salud.*”, facultad que está siendo expresamente vulnerada por la 2024150000000011-5 del 20 de septiembre de 2024.

QUINTO. Que el Congreso de la República no ha aprobado ninguna ley que imparta lineamientos para la atención de los menores de edad en materia de salud frente a procedimientos médicos tendientes a la afirmación de género en los niños, niñas y adolescentes.

Así mismo, de conformidad con lo establecido en la ley 1437, artículo 162, numeral 4, nos permitimos indicar los

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Para efectos de este acápite, nos permitiremos indicar las normas violadas (1); y el concepto de violación del acto administrativo (2) en los siguientes términos:

1. NORMAS VIOLADAS

Se consideran vulneradas por el acto administrativo demandado, las siguientes normas superiores que se sustentarán a continuación:

- I. Artículo 150 Constitucional².** Por cuanto, con la Circular emitida por el Superintendente Nacional de Salud desarrolló un derecho fundamental (creado por la Corte Constitucional), lo cual extralimita su potestad reglamentaria.
- II. Literal a) artículo 152 Constitucional³.** En la medida que, se extralimita de sus funciones al desarrollar el derecho fundamental (creado por la Corte Constitucional) al impartir instrucciones en materia de salud para personas trans en las cuales el Congreso de la Republica aún no ha legislado, por lo que la Superintendencia Nacional de Salud extralimita su función.
- III. Numeral 11 del art. 189 Constitucional⁴.** En razón a que, la Superintendencia Nacional de Salud extralimitó su potestad reglamentaria al desarrollar el derecho fundamental del derecho a la salud en menores de edad, creando una normativa a las infancias y adolescencias, lo cual extralimita su función Constitucional.
- IV. Artículo 18 Constitucional.** Toda vez que no figura la garantía del derecho fundamental a la objeción de conciencia. Derecho que, como fundamental e inherente al ser humano, le asiste a todas las personas, indistintamente de las excepciones que pueda llegar a tener. Empero, en la Circular que se acusa, no se enuncia siquiera este derecho lo cual de entrada constituye una afrenta a este mandato constitucional.
- V. Ley 1751 de 2015. Ley Estatutaria de Salud.** Debido a que la precitada ley que regula el derecho fundamental a la salud, no prevé la posibilidad de realizar tratamientos y procedimientos de cambio de sexo, ni mucho menos en menores de edad, cual es el punto que más se reprocha a través de la presente demanda. Una cuestión es la no

² **Constitución Política de Colombia. Artículo 150.** “Corresponde al Congreso hacer las leyes. ...”

³ **Constitución Política de Colombia. Artículo 152.** “Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias: a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección;”

⁴ **Constitución Política de Colombia. Artículo 189.** “Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...)

11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.”

discriminación y la igual garantía del derecho a la salud a toda la población, incluida la población LGTBIQ+ -sobre lo cual no hay oposición por los aquí suscritos-, pero otra muy distinta es hacer una interpretación extensiva de tal magnitud que lleve a establecer ese tipo de cirugías en menores de edad, cuyo tema no ha sido decantado desde el plano constitucional, como tampoco del legal.

VI. Artículo 26 de la Ley 1098 de 2006. Por cuanto la Circular desconoce el deber legal de escuchar a los niños, niñas y adolescentes y de tener en cuenta sus opiniones. Ello, en razón a que permite las cirugías de cambio de sexo en menores de edad sin hacer la precisión contenida en esta norma, por un lado, pero además desconociendo la importancia de tener también en consideración a los padres.

VII. Artículo 27 de la Ley 1098 de 2006. En tanto el derecho a la salud que les es debido a los niños, no contempla, de ninguna manera, alguna posibilidad tendiente a permitirles terapias o cirugías de cambio de sexo. El derecho a la salud integral de que trata la norma está encaminado hacia la conservación o la recuperación de la salud de los niños, niñas y adolescentes, por lo que una interpretación más allá de lo que la norma indica, como es la efectuada en la Circular en cuestión, desborda las facultades otorgadas por el legislador.

VIII. Ley 1122 de 2006. En tanto que esta ley faculta a la Superintendencia Nacional de Salud para vigilar y sancionar, con lo dispuesto en el artículo 35 y siguientes.

IX. Artículo 173, numeral 3 de la ley 100 de 1993. Dada la función que tiene el Ministerio de Salud y Protección social de la reglamentación, la cual ha sido invadida por el Superintendente de Salud.

2. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Conforme a las normas señaladas previamente como violadas por la Circular 2024150000000011-5 del 20 de septiembre de 2024 expedida por la Superintendencia Nacional de Salud demandada, se presenta a continuación el desarrollo del concepto de la Violación conforme al numeral 4 del artículo 162 de la ley 1437 de 2011.

2.1. Único Cargo: Extralimitación de la potestad reglamentaria por parte de la Superintendencia Nacional de Salud.

Para demostrar la extralimitación de la potestad reglamentaria por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, se partirá de la base de la siguiente pregunta orientadora para fundar dicha extralimitación, ¿puede la Superintendencia Nacional de Salud por medio de su potestad reglamentaria emitir una Circular como la 2024150000000011-5 de 2024 sin extralimitar su función, al desarrollar por medio de esta el derecho a la identidad de género⁵, al punto de habilitar procedimientos médicos tendientes a la afirmación de género, especialmente en los niños, niñas y adolescentes, función constitucional sujeta a reserva y a la potestad legislativa del Congreso de la República?

Para dar respuesta a este interrogante se desglosará la pregunta en explicaciones puntuales que abordarán, (i) las facultades de la Superintendencia Nacional de Salud, (ii) la potestad reglamentaria del ejecutivo en cabeza del Presidente de la República como máxima autoridad administrativa y sus respectivos límites para el ejecutivo en el desarrollo de esta potestad, (iii) Potestad legislativa y reserva de Ley en materia de desarrollo de derechos fundamentales, (iv) extralimitación de la Superintendencia de Salud al desarrollar el derecho fundamental a la identidad de género⁶, desconociendo la normatividad vigente y restringiendo la objeción de conciencia, (v) conclusión.

2.1.1. Facultades de la Superintendencia Nacional de Salud.

De conformidad al artículo 4 del Decreto 1080 de 2021, la Superintendencia Nacional de Salud tiene, entre otras, las siguientes funciones:

- Hacer cumplir las normas que reglamentan el Sistema de Salud.
- Emitir instrucciones a las empresas, entidades o instituciones del sector salud que vigilamos sobre la manera en que deben cumplir estas normas respecto a su actividad.
- Inspeccionar, vigilar y controlar los recursos del sistema de salud.
- Examinar, exigir y controlar las actividades en salud de las compañías de seguros, incluyendo las que administran el Seguro Obligatorio de Accidentes de Trámites (Soat) y las Administradoras de Riesgos Laborales.

⁵ Derecho creado por la Corte Constitucional del cual los demandantes disientimos.

⁶ Derecho fundamental creado por la Corte Constitucional de los cuales los demandantes disientimos.

- Verificar que departamentos, distritos, municipios y territorios indígenas cumplan sus funciones relacionadas con el sector salud.

También en el artículo 12⁷ del presente Decreto establece las funciones de la dirección jurídica de la Superintendencia, en donde, en los numerales 2 y 4 se habla sobre la capacidad para emitir conceptos jurídicos y hacer la revisión de los proyectos de actos administrativos y circulares que deba suscribir el Superintendente Nacional de Salud.

Así mismo, las superintendencias desarrollan actividades administrativas, como las de policía administrativa, inspección, vigilancia, control y sanción, mediante actos administrativos, los que son controlables por la jurisdicción de lo contencioso-administrativo⁸. Ello con la finalidad de garantizar el adecuado funcionamiento de las actividades de las que se ocupan⁹. Podrán imponer medidas, dictar órdenes, instrucciones, sanciones, autorizar la realización de actividades, o expedir reglamentos técnicos, certificaciones o conceptos, emisión de órdenes o instrucciones para suspender las prácticas ilegales. En otros casos, podrá decretar la disolución y ordenar la liquidación de cualquier entidad vigilada, cuando sea del caso, designando a un liquidador.

Si bien de la esencia de estas instituciones es la inspección, vigilancia, estas actividades se complementan con la capacidad de imponer sanciones administrativas, con el fin de adoptar medidas eficaces¹⁰ para las conductas que sean contrarias al sector que deban salvaguardar¹¹. Respetando los postulados que rigen el derecho administrativo sancionador¹², de manera que, la actividad sancionadora cierra el círculo

⁷ Decreto 1080 de 2021. Artículo 12. *“Funciones de la Dirección Jurídica. Son funciones de la Dirección Jurídica, las siguientes.*

(...)

2. Emitir los conceptos jurídicos que soliciten las dependencias en asuntos relacionados con la gestión de la entidad.

(...)

4. Revisar los aspectos jurídicos de los proyectos de actos administrativos y de circulares, que deba suscribir el Superintendente Nacional de Salud, que sean sometidos a su consideración.

(...)”

⁸ Corte Constitucional. Sentencias C-649 de 2001 y C-860 de 2006.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-205 de 2005.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-860 de 2006.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-921 de 2001.

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 2017.

de facultades de la entidad tales como: reglamentación, instrucción, investigación, requerimiento¹³.

Aunque la ley no define “*inspección, control y vigilancia*”, el contenido y alcance de estas funciones puede extraerse de diversas disposiciones especiales que regulan su ejercicio en autoridades típicamente supervisoras, como las Leyes 222 de 1995 (Superintendencia de Sociedades), 1122 de 2007 (Superintendencia Nacional de Salud) y 1493 de 2011 (Dirección Nacional de Derechos de Autor), entre otras. Con base en tales disposiciones puede señalarse que la función administrativa de inspección comporta la facultad de solicitar información de las personas objeto de supervisión, así como de practicar visitas a sus instalaciones y realizar auditorías y seguimiento de su actividad; la vigilancia, por su parte, está referida a funciones de advertencia, prevención y orientación encaminadas a que los actos del ente vigilado se ajusten a la normatividad que lo rige; y, finalmente, el control permite ordenar correctivos sobre las actividades irregulares y las situaciones críticas de orden jurídico, contable, económico o administrativo.

De lo anterior emerge como evidente que la función de la Superintendencia de Salud es esencialmente de inspección, vigilancia y control, mas no comporta una función creadora o desarrolladora de normas. En el particular, y como se verá más adelante, con la Circular que se reprocha no solo se desbordó la función natural de la Superintendencia, sino que además se desconoció el marco normativo imperante en Colombia, todo lo cual debe llevar a colegir que la precitada Circular debe salir del ordenamiento jurídico.

2.1.2. Potestad reglamentaria del ejecutivo en cabeza del Presidente de la República como máxima autoridad administrativa y sus respectivos límites para el ejecutivo en el desarrollo de esta potestad.

La Facultad reglamentaria se encuentra consagrada en el numeral 11 del artículo 189 Constitucional, que expresa lo siguiente:

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-860 de 2006.

Constitución Política de Colombia. Artículo 189. *“Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:*

(...)

11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.”

Dicha norma Constitucional ha sido desarrollada por la jurisprudencia constitucional, tal como nos lo recuerda la Sentencia C-302 de 1999, la cual expresa que:

“la potestad reglamentaria se caracteriza por ser una atribución constitucional inalienable, intransferible, inagotable, pues no tiene plazo y puede ejercerse en cualquier tiempo y, es irrenunciable, por cuanto es un atributo indispensable para la que la Administración cumpla con su función de ejecución de la ley. En muchas ocasiones del contenido mismo de la ley se desprende la necesidad del reglamento, pues aparece claro que algunas materias genéricamente normadas en ella deben ser especificadas por la autoridad administrativa que ha de ejecutarla.”¹⁴

De manera que, las facultades reglamentarias que nos expresa el numeral 11 del artículo 189 Constitucional, fueron instituidas por el Constituyente como un mecanismo tendiente a garantizar la cumplida ejecución de las leyes, siendo ese el único fin autorizado por ese mandato superior. Es en virtud de lo anterior, que cuando el ejecutivo hace uso de esta potestad propia de su atribución Constitucional, el ejecutivo debe inspirarse en el único propósito de aclarar y hacer más explícita la norma de carácter legal, en orden a facilitar su adecuada interpretación, ejecución y cumplimiento y viabilizar su estricta observancia.

Así pues, en Sentencia del 2 de septiembre de 2010, el Consejo de Estado¹⁵, también otorga una visión más amplia, ya que, permite entender que las potestades a que alude el artículo 189 numeral 11, no pueden ser ejercidas para ampliar o restringir los alcances de la ley, apartándose de su sentido original y auténtico. La actividad reglamentaria se encuentra

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-302 de 1999.

¹⁵ **Consejo de Estado. Sentencia 2 de septiembre 2010. Expediente: 2007-00265.** Actor: Asociación de Empresas Sociales del Estado de Antioquia –AESA, M.P. Dr. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

limitada y encausada por la norma legal y por ello debe respetar tanto su texto como su espíritu. Dicho en otras palabras, **so pretexto de aclarar y hacer mucho más explícita una norma de carácter legal, el Presidente de la República no puede llegar al extremo de recortar o ampliar lo que en ella se dispone, pues ello, además de constituir un ejercicio desbordado e ilegítimo de dicha función, equivale a desconocer el espíritu del legislador y el principio democrático en el cual se inspira el cumplimiento de la función legislativa por parte del Congreso de la República**¹⁶. (Negrita fuera del original).

Por lo anterior, el Consejo de Estado reitera que la norma reglamentaria debe limitarse a dar vida práctica a la ley y por ello solo puede desarrollar aquello que explícita o implícitamente esté comprendido en el texto de aquella, lo que involucra la interdicción de introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de las disposiciones legales, so pena de

¹⁶ **Consejo de Estado. Sentencia 2 de septiembre 2010. Expediente: 2007-00265.** “Antes de abordar el examen de las cuestiones sustantivas que se plantean en este proceso, es necesario expresar que el Presidente de la República, como primera autoridad administrativa del orden nacional, tiene asignada de manera expresa la facultad de reglamentar las leyes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 189 numeral 11° de la Constitución Política de 1991, en los siguientes términos: ARTÍCULO 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: 11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. **Las facultades reglamentarias establecidas por el artículo 189 numeral 11 de la Carta, tal como lo ha sostenido la Sala en reiteradas oportunidades, fueron instituidas por el Constituyente como un mecanismo tendiente a garantizar la cumplida ejecución de las leyes, siendo ese el único fin autorizado por ese mandato superior. Así las cosas, al hacer uso de tales potestades, el ejecutivo debe inspirarse en el único propósito de aclarar y hacer mucho más explícita la norma de carácter legal, en orden a facilitar su adecuada interpretación, ejecución y cumplimiento y viabilizar su estricta observancia. En ese contexto, ha de entenderse que las potestades a que alude el artículo constitucional anteriormente transcrito, no pueden ser ejercidas para ampliar o restringir los alcances de la Ley, apartándose de su sentido original y auténtico. La actividad reglamentaria se encuentra limitada y encausada por la norma legal y por ello debe respetar tanto su texto como su espíritu. Dicho en otras palabras, so pretexto de aclarar y hacer mucho más explícita una norma de carácter legal, el Presidente de la República no puede llegar al extremo de recortar o ampliar lo que en ella se dispone, pues ello, además de constituir un ejercicio desbordado e ilegítimo de dicha función, equivale a desconocer el espíritu del legislador y el principio democrático en el cual se inspira el cumplimiento de la función legislativa por parte del Congreso de la República. Es por ello que la norma reglamentaria debe limitarse a dar vida práctica a la ley y por ello sólo puede desarrollar aquello que explícita o implícitamente esté comprendido en el texto de aquella, lo que involucra la interdicción de introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de las disposiciones legales, so pena de incurrir en una extralimitación de funciones y en una invasión de las competencias del legislador.**” (negrilla fuera de texto)

incurrir en una extralimitación de funciones y en una invasión de las competencias del legislador.

Por su parte, la Sección Tercera de esta Corporación¹⁷ también ha reiterado que la potestad reglamentaria que atañe al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa está concebida por el ordenamiento constitucional vigente, bajo una concepción eminentemente finalística: “*para la cumplida ejecución de las leyes*”. Se trata evidentemente de una típica función administrativa que faculta al gobierno para la formulación de los actos indispensables y las medidas necesarias para la efectividad práctica del precepto legal, vale decir, concretar por vía del acto administrativo el enunciado abstracto de la ley en orden a tornarlo efectivo en el terreno práctico, por lo que dichos actos administrativos deben contraerse a asegurar el cumplimiento de la ley y no pueden extenderse a más de su objeto (su cumplida ejecución), y por lo mismo deben respetar la letra y el espíritu de la ley. Sostuvo dicha Sección:

“17.2 Si bien es perfectamente posible el desarrollo de los principios legales mediante normas reglamentarias, ello no significa que por esta vía se terminen adoptando textos normativos abiertos, cargados de un nivel de abstracción y generalidad de tal magnitud, cuyos enunciados terminen convirtiéndose de esta suerte en cláusulas genuinamente principialísticas, cuyo contenido termine a su vez siendo definido por la autoridad administrativa, autora y destinataria primera de este tipo de preceptos. De ahí que el núcleo esencial de un principio, cuando éste ha sido positivizado, debe ser determinado por el legislador y no dejado a su determinación y aplicación sin límite alguno por parte de la administración.”

(...)

“17.4 No debe perderse de vista que, como ha dicho la Sala¹⁸, la potestad reglamentaria que atañe al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa está concebida por el ordenamiento

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 29 de octubre de 2012. Expediente: 2010-00046 (39.093), M.P. Dr. Danilo Rojas Betancourth.

¹⁸ Sentencia de 27 de marzo de 2008, rad. 11001-03-26-000-2005-00003-00 (29393), M.P: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

constitucional vigente¹⁹ bajo una concepción eminentemente finalística: “para la cumplida ejecución de las leyes” (art. 189.11 CN). Se trata evidentemente de una típica función administrativa que faculta al gobierno para la formulación de los actos indispensables y las medidas necesarias para la efectividad práctica del precepto legal, vale decir, concretar por vía del acto administrativo el enunciado abstracto de la ley en orden a tornarlo efectivo en el terreno práctico, por lo que **dichos actos administrativos deben contraerse a asegurar el cumplimiento de la ley y no pueden extenderse a más de su objeto (su cumplida ejecución)**, y por lo mismo deben respetar la letra y el espíritu de la ley. De lo contrario la atribución reglamentaria se extralimitaría, pues pasaría de ser desarrollo de la decisión legislativa conducente a su debida ejecución, a pretender modificar la disposición del legislador que se reglamenta y de esta suerte se invadirían los predios exclusivos del representante popular, al decretar normas que únicamente a este último competen²⁰. (Negrita fuera del original).

Asimismo, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-512 de 1997 precisó que la facultad reglamentaria del Presidente de la República no es absoluta, toda vez que ella se ejerce en la medida que exista ley, la cual se convierte en el límite de la potestad reglamentaria. Dijo la Corte en dicha sentencia:

*“Esta competencia la ejerce el Presidente de la República por derecho propio y con carácter permanente. Es decir, no requiere, para su ejercicio, autorización de ninguna clase por parte del legislador. No obstante, si el legislador hace referencia a esta facultad, tal mención no hace inconstitucional la norma, pues se debe entender sólo como el reconocimiento de la competencia constitucional del Ejecutivo. Sin embargo, dicha facultad reglamentaria no es absoluta **pues ella se ejerce en la medida en que exista la ley. Ley que se convierte en su límite.** Es por ello que cuando el Ejecutivo reglamenta la ley no puede ir más allá de lo que ella prevé, ni de las pautas generales que señala. Es bajo este entendimiento, que la facultad reglamentaria del Ejecutivo puede ser en algunos casos constitucional o inconstitucional. Pues si el legislador, al expedir la ley, se limita a enunciar el asunto a tratar, pero delega en el Presidente todos los temas inherentes a la propia labor*

¹⁹ Dicho criterio era también el que abordó la Constitución de 1886 en su artículo 120.3.

²⁰ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, 26 de junio de 1940, XLIX, 466.

legislativa, resulta innegable que estaría trasladando el legislativo su propia facultad constitucional. Al contrario, si la ley establece los parámetros generales, la reglamentación que el Ejecutivo expida es simplemente el resultado de las atribuciones constitucionales propias para desarrollarla.” (Negrita fuera del original).

La Sentencia C-302 de 1999 de la Corte Constitucional, reitera esta postura al disponer que, dicha potestad se encuentra limitada , pues para “... Reglamentar la ley está sujeta a ciertos límites, que no son otros que la Constitución y la ley misma, ya que no puede en este último evento ampliar, restringir o modificar su contenido.” De manera, que los actos administrativos derivados de esta potestad deben encontrarse sujetas a la Constitución y al marco legal al que están llamados a reglamentar, por lo que resulta inviable que se fundamenten en Sentencias de la Corte Constitucional para emitir regulaciones en materia de salud sin un sustento legal que las cobije.

En el mismo Sentido, La Corte Constitucional en la sentencia C-512 de 1997 señaló que:

*“la potestad reglamentaria se caracteriza por ser una atribución constitucional inalienable, intransferible, inagotable, pues no tiene plazo y puede ejercerse en cualquier tiempo y, es irrenunciable, por cuanto es un atributo indispensable para que la Administración cumpla con su función de ejecución de la ley. Sin embargo, esta facultad no es absoluta pues encuentra su límite y radio de acción en la Constitución y en la Ley, es por ello que no puede alterar o modificar el contenido y el espíritu de la ley, ni puede dirigirse a reglamentar leyes que no ejecuta la Administración, así como tampoco puede reglamentar materias cuyo contenido está reservado al legislador. **Por lo tanto, si un Reglamento rebasa su campo de aplicación y desconoce sus presupuestos de existencia, deberá ser declarado nulo por inconstitucional por la autoridad judicial competente**”²¹. (Negrita fuera del texto original).*

Por lo anteriormente expuesto se puede sostener que la potestad reglamentaria es aquella que es propia del ejecutivo, por cuanto la Carta Magna en su artículo 189, numeral 11, lo estableció, y que dicha potestad, en el desarrollo jurisprudencial que ha tenido, es un atributo esencial para

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-512 de 1997.

que la administración pueda cumplir con la ejecución de la Ley, por cuanto, la finalidad de los Actos Administrativos que desarrollan estas leyes es garantizar el fin último de la ejecución irrestricta de estas, ya que en muchos casos las mismas leyes ordenan su desarrollo a la misma materia, lo hace ostensible con el fin de garantizar dicha ejecución.

Pero es menester recordar que dicha reglamentación encuentra sus límites, en la Constitución y en la ley, y esto se ve materializado, en la medida que, un decreto que reglamenta una ley de la República no puede ampliar, restringir o modificar su contenido, por cuanto dicha función es exclusiva del legislador²². Por lo que, el exceso del uso de la potestad reglamentaria por parte del ejecutivo constituiría una inconstitucionalidad por extralimitación material de sus funciones constitucionales.

2.1.3. Potestad legislativa y reserva de Ley en materia de desarrollo de derechos fundamentales.

La Constitución Política de Colombia establece en el inicio del artículo 150 Constitucional²³, que le Corresponde al Congreso de la República hacer las Leyes. Es de aquí de donde Constitucionalmente, se desprende la potestad reglamentaria como aquella atribución propia para la materialización del ejercicio de hacer las Leyes. Es de esta manera que, la Sentencia C-302 de 1992, establece que:

“La potestad legislativa implica no sólo la facultad de crear leyes, de incorporar nuevas normas al ordenamiento, sino también la de excluir normas preexistentes. Dentro de esa facultad está implícita la de determinar el momento en que uno u otro fenómeno ocurra, hecho que puede estar sometido, al arbitrio del legislador, a un plazo o a una condición. Y es apenas obvio que así sea, pues es al legislador mismo a quien compete evaluar las circunstancias que propician o hacen exigible la vigencia de la nueva norma o la extinción de la anterior. Esta la razón para que la Corte haya afirmado, “que la entrada en vigencia de las normas se produce únicamente como resultado de una decisión tomada

²² O delegable en ciertas materias cuando el mismo legislador emite una Ley de facultades específicas para que el Presidente regule ciertas materias no sujetas a reserva de Ley, esto acorde a lo establecido en el numeral 10 del artículo 150 Constitucional.

²³ **Constitución Política de Colombia. Artículo 150.** “Corresponde al Congreso hacer las leyes. ...”

discrecionalmente por quien tiene la competencia para hacerlas, esto es, el mismo legislador."²⁴

Dicha potestad les otorga a los legisladores facultades para que, por medio de Leyes manden, prohíban, permitan o castiguen las conductas en el territorio nacional. En el mismo sentido, el Constituyente estableció las materias en las cuales el Congreso está llamado a legislar, entre esas las que establece el artículo 152 Constitucional, en donde en su literal a) ²⁵, establece la atribución del Congreso para que, por medio de leyes estatutarias²⁶ desarrollen los derechos y deberes fundamentales de las personas, los procedimientos y los recursos para la protección de estos.

Estos derechos de especial protección constitucional por su contenido fundamental, se encuentran sujetos a reserva de Ley, la cual, acorde con la Sentencia C-507 de 2014²⁷, es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el principio democrático, y que obliga al legislador a que regule aquellas materias en la que el Constituyente decidió que fuesen desarrolladas por medio de una ley, impidiendo que el legislador pudiese delegar dicha potestad legislativa en otro órgano. Dicha institución funge para imponer un límite entre el poder legislativo y el poder ejecutivo.

Así pues, la Corte Constitucional también expresa que, la reserva de Ley en materia de derechos fundamentales debe:

“...en primer lugar se habla de reserva general de ley en materia de derechos fundamentales, para hacer referencia a la prohibición general de que se puedan establecer restricciones a los derechos constitucionales fundamentales en fuentes diferentes a la ley. Sólo en normas con rango

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-302 de 1999.

²⁵ **Constitución Política de Colombia. Artículo 152.** “Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias: a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección;”

²⁶ Las cuales por medio de lo dispuesto por el legislador y lo después desarrollado en la Ley 5ta de 1992, dichas Leyes Estatutarias tienen una mayor rigurosidad en su trámite al exigir mayorías absolutas durante sus cuatro debates, en razón a la importancia de los contenidos de dichas Leyes.

²⁷ **Corte Constitucional. Sentencia C-507 de 2014. “RESERVA DE LEY-Definición.** La reserva de ley es una institución jurídica, de raigambre constitucional, que protege el principio democrático, al obligar al legislador a regular aquellas materias que el constituyente decidió que fueran desarrolladas en una ley. Es una institución que impone un límite tanto al poder legislativo como al ejecutivo. A aquél, impidiendo que delegue sus potestades en otro órgano, y a éste, evitando que se pronuncie sobre materias que, como se dijo, deben ser materia de ley.”

de ley se puede hacer una regulación principal que afecte los derechos fundamentales. En segundo lugar la expresión reserva de ley se utiliza como sinónimo de principio de legalidad, o de cláusula general de competencia del Congreso, la reserva de ley es equivalente a indicar que en principio, todos los temas pueden ser regulados por el Congreso mediante ley, que la actividad de la administración (a través de su potestad reglamentaria) debe estar fundada en la Constitución (cuando se trate de disposiciones constitucionales con eficacia directa) o en la ley (principio de legalidad en sentido positivo). Y en tercer lugar, reserva de ley es una técnica de redacción de disposiciones constitucionales, en las que el constituyente le ordena al legislador que ciertos temas deben ser desarrollados por una fuente específica: la ley. En este último sentido todos los preceptos constitucionales en los que existe reserva de ley imponen la obligación que los aspectos principales, centrales y esenciales de la materia objeto de reserva estén contenidos (regulados) en una norma de rango legal. Es decir, en la ley en cualquiera de las variantes que pueden darse en el Congreso de la República, decretos leyes, o decretos legislativos. Las materias que son objeto de reserva de ley pueden ser “delegadas” mediante ley de facultades extraordinarias al Ejecutivo para que sea éste quien regule la materia mediante decretos leyes. Pero las materias objeto de reserva de ley no pueden ser “deslegalizadas”, esto es, el legislador no puede delegar al Ejecutivo que regule esa materia mediante reglamento, en desarrollo del artículo 189.11 de la Constitución.”

Es así que, los derechos fundamentales encuentran una protección para que sea el legislador el único que pueda regularlos con el fin de guardar el principio democrático y el respeto de la separación de poderes, por cuanto en materia de derechos fundamentales, el legislador es el llamado por el constituyente para que desarrolle los aspectos principales, centrales y esenciales en una norma de rango legal, es relevante decir que el Congreso puede llegar a delegar mediante una ley de facultades extraordinarias a ejecutivo para que mediante un Decreto ley regule la materia.

Pero dichos derechos fundamentales nunca pueden ser desarrollados por medio de un reglamento, en razón a que, dichas materias son objeto de Ley y no de un desarrollo reglamentario, pues de ser así, se constituiría en una extralimitación de las facultades del artículo 189.11 Constitucional.

Es así que, la Corte Constitucional (no así el Congreso de la República), reconoció el derecho a la identidad de género, dándole a su vez el carácter de fundamental, por lo que dicho derecho (como lo llama la Corte) al ser fundamental se encuentra sujeto a una reserva de Ley y únicamente el Congreso de la República es el llamado a legislar en esta materia para generar el respectivo desarrollo normativo.

2.1.4.Extralimitación de la Superintendencia de Salud al desarrollar el “derecho fundamental” a la identidad de género²⁸, desconociendo la normatividad vigente y restringiendo la objeción de conciencia.

Como se ha visto hasta aquí, la Superintendencia de Salud ha desbordado sus facultades a través de la Circular confutada en tanto que ha desarrollado un derecho fundamental creado por la Corte Constitucional, cuya regulación debe pasar por el Congreso de la República, pero no dar un salto desmedido que soslaye la separación de poderes. Con todo, no solo se advierte una extralimitación de funciones por parte de la Superintendencia de Salud en el sentido de pretender desarrollar un derecho, sino que además se evidencia que el contenido mismo de la Circular en comento desconoce la normatividad vigente, por las razones que a continuación se expresan.

En primera medida, por cuanto, como se enunció anteriormente, no existe ley alguna dimanada del Congreso de la República que establezca la realización de terapias, tratamientos o cirugías de cambio de sexo, y menos en niños, niñas y adolescentes. Tanto es así, que en las consideraciones de la Circular reprochada no se relaciona alguna ley específica al respecto.

Ahora bien, lo que se esgrime de cierta manera como fundamento para las instrucciones impartidas en la referida Circular en relación con los procedimientos de cambio de sexo son algunas sentencias de la Corte Constitucional, sin embargo, resulta imperioso justipreciar los siguientes aspectos: i) las sentencias en que se funda la Circular son sentencia de tutela (sentencias tipo T), y ii) la Circular desconoce la normatividad vigente, incluso, algunos mandatos contenidos en la jurisprudencia, así:

²⁸ Derecho fundamental creado por la Corte Constitucional de los cuales los demandantes disientimos.

i) Las sentencias en que se funda la Circular para impartir instrucciones relacionadas con procedimientos de cambio de sexo son sentencias de tutela (sentencias tipo T).

En relación con este tópico, de una lectura más detenida de la Circular, es posible advertir que todas las sentencias que de una u otra forma han permitido llevar a cabo cirugías de cambio de sexo, son providencias de revisión de fallos de tutela, que, como es sabido, por regla general están llamadas a producir efectos *inter partes*. Excepcionalmente se podría acudir a los efectos *inter comunis*, sin embargo, mal se hace en todo caso en pretender que las sentencias de tutela citadas en la Circular produzcan efectos *erga omnes*. Además, las sentencias citadas obedecen a casos muy específicos, casi aislados, por lo que no debería pretenderse generalizarlos a toda la población.

Para ilustrar y reforzar este punto, se procederá a relacionar sentencias citadas en la Circular, que en su mayoría son tipo T y están relacionadas con casos *sui generis*:

Sentencia citada en la Circular	Tema, caso y/o hechos
Sentencia T-218 de 2022	Joven de 16 años con disforia de género que quería un tratamiento hormonal, pero luego desiste de su interés por tal tratamiento. De dicha sentencia se relaciona el exhorto sobre el cual la entidad demandada expide el acto acusado.
Sentencia T-236 de 2020	Hombre transgénero de 37 años que quería realizarse una cirugía de cambio de sexo. Alega que le presentaron trabas para esto y finalmente decide recibir la intervención médica de manera particular.

Sentencia T-406 de 2019	Hombre trans con discapacidad auditiva que alega barreras para acceder a servicios de salud.
Sentencia T-622 de 2014	Menor de 11 años de edad con hermafroditismo que desea una cirugía de reasignación de sexo) En esta sentencia se menciona la importancia de la compañía de apoyo psicológico y de los padres.
Sentencia SU-440 de 2021	<p>Se reconoce la identidad de género como derecho fundamental innominado.</p> <p>El derecho a la pensión de vejez es una garantía de seguridad social basada en la edad y el historial de cotizaciones, sin afectar la autonomía corporal o el desarrollo personal. No debería ser invocada en la circular. La pensión de vejez no implica cambios físicos irreversibles, sino el reconocimiento de un derecho económico.</p> <p>Este tipo de sentencias no debería tener relevancia para el caso.</p>
Sentencia T-321 de 2023	La accionante es una mujer trans privada de la libertad que se encuentra cumpliendo su pena en la Cárcel Modelo de Bucaramanga. La demandante solicita un tratamiento de afirmación de género.
Sentencia C-900 de 2011	Derecho de los menores de edad a ser escuchados en la toma de decisiones. No habla propiamente de cirugías de cambio de sexo en

	niños ni se evidencia una subregla jurisprudencial clara en este sentido.
Sentencia T-1025 de 2002	Caso de un infante con hermafroditismo. Se solicita practicar cirugía de asignación de sexo. Es de resaltar que en esta providencia el acompañamiento y el consentimiento de los padres queda expresado como fundamental.
Sentencia T-560 de 2007	Protección ante agresiones y tratos indignos e inhumanos por el padre. Establece precedentes importantes sobre la protección de los derechos de los menores en Colombia, enfatizando la necesidad de priorizar su bienestar en situaciones familiares conflictivas. En ningún apartado de la sentencia se menciona la posibilidad de que los niños accedan a cirugías de cambio de sexo.
Sentencia T-573 de 2016	Prohibición de esterilización a menores de edad en situación de discapacidad. Protección a las personas con discapacidad.
Sentencia T-771 de 2013	Derecho de las personas transgénero a acceder a los servicios de salud. No alude a cambio de sexo en menores de edad.

Nótese entonces que, de las sentencias citadas en la Circular en comentario, aquellas que específicamente han abordado el tema de los procedimientos o cirugías de cambio de sexo han sido sentencias tipo T, lo cual permite concluir que la motivación de la Superintendencia para impartir instrucciones generales está siendo sustentada en sentencias que están llamadas a producir efectos particulares.

ii) La Circular desconoce la normatividad vigente, incluso, algunos mandatos contenidos en la jurisprudencia.

En gracia de discusión, partiendo del supuesto que la Superintendencia pudiera desarrollar o “legislar” en virtud de lo contenido en las sentencias de la Corte, valga indicar que se desconoce la normatividad vigente, incluyendo en este caso mandatos jurisprudenciales. Lo anterior, por cuanto omite:

- **Lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 1098 de 2006.** Toda vez que las instrucciones referidas al cambio de sexo en menores de edad, no contempla el deber de escuchar y tener en cuenta las opiniones de los niños, niñas y adolescentes.

Sumado a lo anterior, en la Sentencia C-900 de 2011, se cita una especie de criterios a tener presentes en el caso de procedimientos a menores de edad, lo cual no ha sido tenido en cuenta expresamente dentro de las instrucciones impartidas en la Circular cuestionada, a saber:

“En el caso de los niños, niñas y adolescentes, en principio, corresponde a quienes ejercen la patria potestad prestar su consentimiento para la práctica de las distintas intervenciones quirúrgicas o tratamientos terapéuticos indispensables para la recuperación o rehabilitación de un estado patológico, a través del denominado consentimiento sustituto. No obstante, esta facultad no es absoluta, y por el contrario: (i) **debe garantizarse que la opinión del niño sea consultada, de acuerdo a su edad y madurez** y (ii) **bajo ciertas circunstancias** resulta indispensable el consentimiento informado del menor de 18 años, en aras de salvaguardar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la proyección de la identidad y autonomía personal y, en últimas, la vida digna, especialmente en aquellos procedimientos altamente invasivos y definitivos.” (Negrita fuera del original).

-Lo contenido en el artículo 27 de la Ley 1098 de 2006. Por cuanto, se reitera, el derecho a la salud de que trata la presente norma, no

contempla, de ninguna manera, alguna posibilidad tendiente a permitirles a los menores de edad terapias o cirugías de cambio de sexo. El derecho a la salud integral previsto en esta norma está encaminado hacia la conservación o la recuperación de la salud de los niños, niñas y adolescentes, por lo que una interpretación más allá de lo que la norma indica, como es la efectuada en la Circular en cuestión, supera el umbral de las facultades otorgadas.

-Por último, y no menos importante, **el artículo 18 Superior**. En cuanto no aparece reflejada, ni siquiera tangencialmente, la garantía constitucional a la objeción de conciencia.

El Artículo 18 de nuestra Constitución establece lo siguiente:

“Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia.”²⁹

Dicho artículo establece con meridiana claridad el Derecho Fundamental a la libertad de conciencia, al tiempo que no prevé ninguna excepción para su ejercicio, por tratarse precisamente de aquello que es de la esfera íntima de la persona y que puede surgir en distintos ámbitos de su vida. Este derecho es, sin duda, una expresión directa de la dignidad humana y del reconocimiento de la libertad a la que toda persona tiene derecho.

De esta manera, es evidente que la garantía constitucional consistente en que nadie puede ser "obligado a actuar en contra de su conciencia" es connatural al ejercicio de la libertad de conciencia.

Por su parte, la objeción de conciencia es la institución jurídica diseñada para proteger el bien jurídico de la libertad de conciencia para cumplir la garantía de que nadie esté obligado a actuar en contra de su conciencia. Mediante la presentación de su objeción de conciencia, las personas pueden abstenerse de cumplir una obligación legal cuando su ejecución signifique una contradicción con su propia conciencia.

Corolario de lo anterior, de conformidad con el artículo 18 de nuestra Constitución, tanto la libertad de conciencia como la objeción de

²⁹ Constitución Política de Colombia. Artículo 18.

conciencia son Derechos Fundamentales. Y siendo así, ¿por qué no aparece establecido este derecho expresamente en la Circular?

A modo de ejemplo, baste mencionar -de la Circular demandada- la instrucción número 13 dirigida a instituciones prestadoras de servicios de salud públicas, privadas y mixtas (literal D), a cuyo tenor se prevé:

13. Contar, de acuerdo con el nivel de complejidad con el talento humano que brinde apoyo integral en los tratamientos y procedimientos de afirmación o reafirmación de género a niños, niñas y adolescentes trans promoviendo la articulación de sus redes afectivas y de cuidado

De lo anterior es posible caer en la cuenta que no solo se trata de una instrucción general que habilita la realización de tratamientos y procedimientos de afirmación o reafirmación de género en menores de edad (lo que en sí mismo ya es reprochable jurídicamente por las razones antes expuestas), sino que además no se contempla (ni en este numeral ni en todo el cuerpo de la Circular) la posibilidad de ejercer el derecho fundamental a la objeción de conciencia cuando a ello haya lugar, por lo cual estamos ante una afrenta palmaria contra este derecho suprallegal.

2.1.5. La motivación de la circular desconoce las competencias reservadas al Ministerio de Salud y al Superintendente

La circular de la cual se pretende el decreto de nulidad por parte de esta corporación, se ha fundamentado en un exhorto que realizó la Corte Constitucional en dos sentencias, por lo que se hace necesario precisar el alcance de un exhorto (1); dicho exhorto fue dirigido al Ministerio de Salud y Protección Social, por lo que es necesario precisar sus funciones (2); y dichas funciones deben ser contrastadas con las funciones del Superintendente de salud que ha expedido dicha circular (3); y con dar paso a conclusiones preliminares en las cuales ha de indicar que se violentó la potestad reglamentaria del ejecutivo nacional (4); desarrollado así:

1. Contenido del exhorto de la Corte Constitucional invocado en la Circular

La Corte Constitucional ha indicado que un exhorto no es en sí misma una orden judicial, así lo expone en sus providencias al indicar que no es exigible, *“toda vez que éste no constituye una orden judicial que tenga*

*mecanismos para exigir al Gobierno Nacional o al Congreso de la República su cumplimiento de forma coercitiva, pues este instrumento consiste en un llamamiento o apremio para que se expida una ley*³⁰

A su vez ha sostenido la Corte que *“En síntesis, un exhorto al Congreso de la República es un llamado para que, en uso de sus competencias, expida una ley sobre asuntos que ameritan su intervención, acorde con los mandatos constitucionales advertidos por la Corte Constitucional en sus providencias.”*³¹ Por tanto, el exhorto constituye una herramienta de diálogo institucional que busca armonizar el cumplimiento de los fines superiores del Estado sin invadir la autonomía de las demás ramas del poder público.

El exhorto está contenido dentro de la parte motiva del acto administrativo acusado, en la cual, de conformidad con la sentencia T-321 de 2023, la cual reitera el exhorto de la sentencia T-218 de 2022 que le indicó que *“en el marco de sus competencias legales, emita la guía de práctica clínica, con sus respectivos protocolos, para la atención integral en salud de las personas transgénero y, particularmente, para el suministro de los procedimientos médicos de afirmación de género.”*

Así las cosas, si bien el acto acusado se basa en dicha herramienta de diálogo institucional, es menester que sea preciso que el Ministerio de Salud, con base en una ley expedida por el Congreso (que aún no existe), reglamente lo exhortado por la Corte Constitucional, para que así pueda llevar a cabo la vigilancia de su cumplimiento la Superintendencia Nacional de Salud.

2. Funciones del Ministerio de Salud

El artículo 49 de la Constitución Política de Colombia establece el derecho a la salud, derecho fundamental reglamentado por la ley 1751 del 2015. A su vez, la ley 100 de 1993, mediante el artículo 152, se estableció que:

“La presente Ley establece el Sistema General de Seguridad Social en Salud, desarrolla los fundamentos que lo rigen, determina su dirección, organización y funcionamiento, sus normas administrativas,

³⁰ Corte Constitucional de Colombia. Auto 560 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, D-8693. Bogotá, D.C.: Secretaría General de la Corte Constitucional. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2016/a560-16.htm>

³¹ Corte Constitucional de Colombia. Auto 558 de 2019. M.P. José Fernando Reyes Cuartas, Referencia: incidente de nulidad de la sentencia SU-096 de 2018. Acción de tutela instaurada por Emma en contra de Compensar EPS y otros. Bogotá, D.C.: Secretaría General de la Corte Constitucional. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2019/a558-19.htm>

financieras y de control y las obligaciones que se derivan de su aplicación.

*Los objetivos del Sistema General de Seguridad Social en Salud son regular el **servicio público esencial de salud** y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención³².” (Negrilla fuera del texto)*

En cuanto al “servicio público esencial de salud”, debe tenerse en cuenta el alcance que se da a este servicio con la expedición de la Ley 1751 de 2015.

Así las cosas, el artículo 170 de dicha ley establece que dicho derecho fundamental está bajo la orientación y regulación del Presidente de la República y del Ministerio de Salud. Y en este sentido, el artículo 173 de la ley 100 establece la función propia del Gobierno Nacional:

“3. Expedir las normas administrativas de obligatorio cumplimiento para las Entidades Promotoras de Salud, por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud y por las direcciones seccionales, distritales y locales de salud.”³³

Ya en el texto de la demanda se estableció el límite de la potestad reglamentaria del presidente de la república, por lo que no se hace necesario precisarla en este escrito.

A su vez, se identifica que, en el Literal E de la circular demandada, dispone instrucciones a gestores farmacéuticos, extralimitándose a lo que dispone el artículo 23 de la ley 1751 del 2015. Se precisa así, que es el Ministerio de Salud el encargado de dictar cualquier lineamiento que pretende establecer la Superintendencia de Salud mediante el acto acusado.

En consecuencia, se afirma que la potestad reglamentaria en materia de lineamientos técnicos y administrativos corresponde de manera exclusiva al Ministerio de Salud y Protección Social, en desarrollo de lo previsto en los artículos 49 y 173 de la Constitución y la Ley 100 de 1993. De esta manera, cualquier instrucción que desborde las competencias de inspección y vigilancia asignadas a la Superintendencia Nacional de Salud resulta contraria al ordenamiento jurídico vigente.

3. Funciones del Superintendente de Salud

³² Ley 100 de 1993. "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones". Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993_pr003.html

³³ Ibid.

El suscrito Superintendente de Salud ha invocado el numeral 2 del artículo 7 del decreto 1080 de 2021, el cual reza lo siguiente:

“2. Emitir instrucciones a los sujetos vigilados sobre el cumplimiento de las disposiciones normativas que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación.”

Con dicha invocación en el texto de la circular³⁴ se han emitido instrucciones a los sujetos vigilados, sin embargo, como se ha insistido en el texto de la demanda, carece de sustento legal al no existir una norma de obligatorio cumplimiento expedida por el Ministerio de Salud, al no existir la materia regulada en la ley estatutaria de salud, imposibilitando al Ministerio de Salud dar cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 173 de la ley 100 de 1993.

Por otra parte, dichas competencias no están contempladas en la ley 1122 del 2007, la cual, en el Capítulo VII establece el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del SGSSS, a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud. Define la inspección como monitoreo y verificación, la vigilancia como facultad preventiva y la potestad de control para imponer correctivos y sanciones. Sus ejes abarcan financiamiento, aseguramiento, prestación de servicios, atención al usuario, medidas especiales, información y focalización de subsidios. Además, confiere funciones de conciliación, autorización, liquidación y potestades sancionatorias, garantizando la protección efectiva del derecho a la salud.

En conclusión, si bien el Decreto 1080 de 2021 faculta al Superintendente para emitir instrucciones a los vigilados, dicha potestad depende de la existencia de normas previamente expedidas por el Ministerio de Salud, en virtud del artículo 173 de la Ley 100 de 1993. Al no existir regulación de obligatorio cumplimiento en la materia, la circular demandada excede la función de inspección, vigilancia y control prevista en la Ley 1122 de 2007, desbordando los límites competenciales de la Superintendencia Nacional de Salud.

2.1.6.Conclusión

En conclusión, la Circular demandada configura una extralimitación evidente de la potestad reglamentaria de la Superintendencia Nacional de Salud, al desarrollar un derecho fundamental sujeto a reserva de ley

³⁴ Remitirse a la página 9 del acto acusado, el cual se ha anexado a la demanda.

estatutaria, invadiendo competencias exclusivas del Congreso y del Ministerio de Salud. Esta actuación desconoce normas constitucionales (arts. 18, 44, 150, 152 y 189) y legales (Ley 1751 de 2015, Ley 1098 de 2006, Ley 1122 de 2007, Ley 100 de 1993), afectando la garantía de objeción de conciencia y generando mandatos inválidos para los sujetos vigilados. Su vigencia compromete gravemente la seguridad jurídica y, de manera más delicada, expone a niños, niñas y adolescentes a procedimientos de hormonización y cirugías – en no pocos casos irreversibles³⁵-, cuya práctica, además de carecer de sustento legal, genera daños permanentes en su desarrollo físico y psicológico. Frente a la inminencia de este perjuicio irreparable, la expulsión del ordenamiento jurídico del acto acusado se impone como medida urgente, necesaria y constitucionalmente obligada.

En consecuencia, la Circular en comentario constituye una extralimitación de la potestad reglamentaria y una vulneración al principio de legalidad, lo que evidencia la necesidad de su exclusión del ordenamiento jurídico.

Así las cosas, nos permitimos indicar la

COMPETENCIA

Le corresponde al Honorable Consejo de Estado en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus secciones, conocer en única instancia de los asuntos de “nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional (...) “conforme al numeral 1. Del artículo 149 de la ley 1437 de 2011 modificado por el artículo 24 de la Ley 2080 de 2021.

De manera que, como se trata de un acto administrativo expedido por el Señor Superintendente Nacional de Salud, el contenido material reglamentario de la Circular 2024150000000011-5 del 20 de septiembre de 2024, es susceptible del juicio de nulidad que competente al Consejo de Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 137 de la ley 1437 de 2011.

Lo anterior se sostiene en los siguientes

³⁵ Véase argumentación en la medida cautelar solicitada.

FUNDAMENTOS PROCESALES DE DERECHO

Además de las normas invocadas, los artículos 137, 179 Y SS. a 206 y de la ley 2080 del 25 de enero de 2021.

PRUEBAS

- I. Circular 2024150000000011-5 del 20 de septiembre de 2024 expedida por la Superintendencia Nacional de Salud.

ANEXOS

- I. Se adjuntan los anexos de acuerdo con la Ley y relacionados en el acápite de las pruebas.

NOTIFICACIONES

- Superintendente Nacional de Salud o quien haga sus veces, en la dirección física Carrera 68A N.º 24B - 10, Torre 3, piso 4, Edificio Plaza Claro, y correo electrónico: snsnotificacionesjudiciales@supersalud.gov.co
- Señor Agente del Ministerio Público las recibirá personalmente en la dirección física carrera 5 No. 15-60 y, electrónica: procesosjudiciales@procuraduria.gov.co
- Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en el correo electrónico: procesosnacionales@defensajuridica.gov.co

Teniendo en cuenta que, con la presente Acción de Nulidad se solicitan medidas cautelares, de conformidad con lo previsto en el

artículo 6 del Decreto 806 de 2020, la presente demanda no debe ser enviada a los demás sujetos procesales.

DE LOS SUSCRITOS DEMANDANTES:


Recibimos las notificaciones, así: a los correos oscar.giraldo@senado.gov.co, luis.lopez@camara.gov.co, lorena.rios@senado.gov.co y karina.espinosa@senado.gov.co.

Sírvase Honorables Magistrados darle curso a la presente demanda.

De los señores Magistrados,


**ÓSCAR MAURICIO
GIRALDO HERNÁNDEZ**
CC. 71.275.554
Senador de la República


**BEATRIZ LORENA
RÍOS CUÉLLAR**
CC. 60.367.488
Senadora de la
República


**LUIS MIGUEL LÓPEZ
ARISTIZÁBAL**
CC. 1.017.210.517
Representante a la
Cámara por Antioquia


KARINA ESPINOSA OLIVER
C.C 52851065
Senadora de la República